

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DONATIONS

Entre Concubins

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 26 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

R. DURUFLÉ

Président : M. TISSIER, professeur
Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur
BARTIN, professeur

PARIS
IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, RUE RACINE, 15

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DONATIONS

Entre Concubins

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 26 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

R. DURUFLÉ



Président : M. TISSIER, professeur

Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur
BARTIN, professeur

PARIS

IMPRIMERIE HENRI JOUVE

15, RUE RACINE, 15

1909

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DONATIONS ENTRE CONCUBINS

HISTORIQUE

SECTION I

Ancien Droit

L'étude qui fait l'objet de notre thèse implique tout naturellement comme préface l'examen des solutions apportées à la question par l'ancien droit. Peut-être pourra-t-on nous adresser le reproche d'avoir limité à l'ancien droit français la partie historique de ce travail. Il nous a semblé que l'étude de la question en droit romain ne présentait guère de véritable utilité.

Presque tous les auteurs (1) reconnaissent que les textes du Digeste les plus souvent cités en la matière visent le concubinat, non le concubinage. Il n'y aurait donc qu'un médiocre intérêt à rapprocher des solutions du droit ancien et du droit moderne, celles qui ont trait

1. M. Gide dans un article publié par la nouvelle revue historique année 1880 soutient cette thèse que le « concubinat » n'est qu'une création des commentateurs de la renaissance et qu'il n'existait à Rome que le concubinage. Le concubinatus n'a jamais rien eu de commun avec une institution juridique, c'est un simple fait dépourvu de tout caractère de tout effet légal. L'union des sexes peut présenter trois caractères différents, tantôt c'est un mariage que la loi consacre, tantôt c'est un attentat aux mœurs que la loi punit, tantôt c'est un acte indifférent, ni criminel, ni légal, que la loi ignore, *justæ nuptiæ*, *stuprum*, *concubinatus*. Le concubinatus bien qu'extra légal, est défini par la loi comme se trouvant entre les *justæ nuptiæ* et le *stuprum*. Des divers textes se trouvant au Digeste indiquant dans quels cas ou sous quelles conditions on peut prendre une femme pour concubine, les partisans de la théorie traditionnelle tirent cette conclusion qu'il fallait remplir certaines conditions légales comme pour le mariage, afin de contracter valablement le concubinatus. C'est dire qu'en dehors de ces cas le concubinage est puni par la loi : cela ne veut pas dire qu'il est valable et produit des effets civils. C'est une règle de droit pénal, non de droit civil. Les droits des enfants naturels à l'égard de la mère ne constituent pas une preuve en faveur du concubinat, puisque les mêmes droits appartiennent aux enfants issus d'une union criminelle adultérine ou incestueuse. Un cas paraît cependant exceptionnel et semble constituer un argument en faveur de la théorie traditionnelle. Un homme prend pour concubine une de ses esclaves et la garde comme concubine après l'avoir affranchie. La femme n'avait pas les droits de l'épouse légitime mais les lois lui en imposaient les devoirs. Elle pouvait être punie comme adultère, si elle épousait un autre homme son mariage était frappé de nullité. Ces effets juridiques sont produits par une cause juridique qui est non le concubinat mais l'affran-

dans la législation romaine aux donations que pouvaient se consentir les personnes vivant dans cet état spécial, intermédiaire entre l'union légitime et le concubinage, sorte de mariage morganatique. Nous avons donc pensé qu'il nous était permis d'aborder directement l'examen de la question telle qu'elle était posée dans l'ancien droit.

Les Barbares après avoir conquis la Gaule adoptèrent presque aussitôt la religion des vaincus. Toutefois le christianisme, malgré son triomphe incontesté et sur ce qui subsistait de l'antique paganisme et sur les différents cultes apportés avec eux par les envahisseurs n'eût pas aussi facilement raison d'habitudes de vie enracinées dans les mœurs depuis de longs siècles. C'est ainsi qu'à côté du mariage se maintint longtemps l'union libre ou le concubinat, à ce point fréquent et public qu'il était

chissement. Tout affranchi devait l'obéissance *l'obsequium*. S'il manquait à ce devoir une accusation d'ingratitude pouvait le ramener en esclavage. Pour l'affranchie concubine le devoir d'obéissance se transformait en devoir de fidélité.

Les concubines au sens français du mot pouvaient recevoir des donations. Loi 5 de *donationibus Digeste*. L. 3 § 1 de *donationibus inter virum et uxorem*. Loi 31 *principium, de donationibus*. Les donations faites par des militaires à leurs concubines pouvaient être annulées. Loi 2. Code de *donationibus inter virum et uxorem*. Les concubins adultérins ou incestueux ne pouvaient s'instituer héritiers ni se faire aucun legs. L. 6. Code de *incestis nuptiis*. Loi 13 *Digeste de his quæ ut indignis auferuntur*. — Les empereurs Valentinien et Gratien par une loi, que Justinien reproduisit dans sa nouvelle 89. Chapitre 12 apportèrent des restrictions au droit de disposer dont jouissaient les concubins.

souvent difficile de le distinguer du mariage véritable (1) Il est probable qu'à cette époque les donations entre concubins durent être vues sans défaveur.

Sous l'influence de l'Eglise, le concubinage qui jusque vers le XII^e siècle était resté d'usage fréquent et faisait sans doute l'effet d'une pratique plutôt indifférente que blâmable, devint sinon plus rare du moins fut considérée comme un désordre réprouvé par la morale courante.

Les juges furent probablement dès cette époque tentés de prévenir et de rendre inefficaces les conséquences juridiques d'un état de fait qu'ils ne pouvaient empêcher. Parmi celles-ci les plus fréquentes et celles paraissant le plus redoutables étaient comme aujourd'hui encore les donations que se font les personnes qui vivant en dehors des cadres tracés par la loi n'ont rien à attendre d'elle, et ne doivent compter que sur leur réciprocité. Les tribunaux durent sans doute de bonne heure prononcer la nullité de semblables donations qui probablement sont au nombre des donations que vise Beaumanoir quand il parle des « dons contre bones meurs » qui ne sont pas à tenir. (2)

Lors de la rédaction des coutumes la question ne sembla peut-être pas présenter un intérêt primordial, ou bien l'opinion n'était-elle pas encore absolument fixée,

1. Glasson. Histoire du Droit et des Institutions de la France. Tome 3, chapitre 6.

2. Beaumanoir. Des dons outrageux, n° 2, chapitre LXX.

toujours est-il qu'on ne trouve de dispositions précises à ce sujet que dans un très petit nombre de coutumes.

On ne peut citer que la coutume de Touraine art. 246 « don fait en concubinage ne vaut tant entre nobles que roturiers ». L'article 2 du titre des donations dans la coutume du Loudunois contient une semblable prohibition. La coutume d'Anjou porte dans l'article 342 que « donation faite de concubin à concubine ne « vaut, car ils ne peuvent rien donner l'un à l'autre « durant le temps de leur concubinage, ne après s'ils « retournent à iceluy péché ». L'article 354 de la coutume du Maine reproduit mot pour mot l'article de la coutume d'Anjou. Enfin l'article 7 du titre 3 de la coutume de Cambrai décide « donation d'héritage faite à « sa concubine vel e contra durant le temps qu'ils sont « demeurants ou conversants ensemble ne vaut. »

La coutume de Normandie ne contenait aucune disposition frappant de nullité les donations entre concubins, mais ses articles 437 et 438 proscrivaient même les donations faites aux bâtards. Les commentateurs en concluaient que si l'enfant incapable de recevoir de ses parents était victime innocente de leur erreur, à plus forte raison les donations que pouvaient se faire les concubins devaient être frappées de nullité.

Merlin dans ses « Questions de Droit » à l'article concubinage cite un édit de Charles-Quint du 4 octobre 1540, interdisant les donations entre concubins. Cet édit était appliqué dans la partie du territoire de l'ancienne France qui forme maintenant le département du Nord et ce qui dans le département du Pas-de-Calais compo-

sait la province d'Artois. L'article 12 (1) de cet édit limitait il est vrai la prohibition aux dispositions qui emportaient translation ou hypothèque des propriétés immobilières et encore seuls les mineurs de 25 ans voyaient leurs libéralités annulées.

A lire cet article 12 il semblerait bien que la défense ne dût pas s'étendre aux concubins donateurs ayant dépassé l'âge de 25 ans. Les mineurs auraient également pu d'après ce système d'interprétation faire toutes donations autres que celles énumérées par l'édit. Merlin cite quelques auteurs ayant soutenu cette opinion, Jacques Coren, Van-Leuwen, Voët, ces auteurs prétendaient que dans le silence de l'édit, il fallait recourir aux lois antérieures, c'est-à-dire aux lois romaines, qui permettaient ces donations. L'usage contraire à celui qu'ils auraient voulu voir établi, prévalut, ainsi qu'il est attesté par un arrêt du Parlement de Douai du 14 janvier 1757 rapporté par Merlin.

La Grande ordonnance de janvier 1629 (2) rédigée par les soins du Chancelier Michel de Marillac contenait un

1. Article 12 cité par Merlin : « que tous dons testamentaires, « légats, donations d'entre vifs ou en cas de mort faits par mineurs de 25 ans de biens immeubles ou par lesquels les biens « immeubles seraient chargés de sommes d'argent ou vente à vie « ou perpétuelle au profit de leurs curateurs gardiens et autres « leurs administrateurs ou de leurs enfants ou au profit de leurs « parâtres ou marâtres ou de leurs concubines seront nuls et de « nulle valeur. Ordonnons à tous juges ainsi le juger. »

(2) Isambert. *Recueil des anciennes lois françaises*. Tome XVI, page 342.

article 132 ainsi conçu : « Déclarons toutes donations « faites à concubines nulles et de nul effet. » Si cette ordonnance avait été strictement appliquée elle eut unifié dans toute la France la jurisprudence relative aux donations entre concubins et étendu à tout le royaume les dispositions des coutumes, qui prononçaient la nullité de tels contrats. Cette ordonnance ne fut pas enregistrée par tous les Parlements. Le Parlement de Paris l'avait bien enregistrée, mais contraint et forcé, dans un lit de justice tenu le 15 janvier 1629. Le Chancelier de Marillac tomba en disgrâce peu de temps après, et son ordonnance surnommée par dérision le « Code Micheau » ne fut pour ainsi dire jamais appliquée, au Parlement de Paris tout au moins (1). Cet article 132 qui établit d'une façon si nette l'incapacité de recevoir frappant les concubins n'offre en fait au point de vue de notre étude qu'un intérêt médiocre. Son application fut restreinte aux ressorts des seuls Parlements de Toulouse, Bordeaux, Grenoble, Dijon et Pau qui avaient enregistré l'ordonnance de 1629 librement et sans modification quant à l'article 132.

Il nous reste à rechercher comment la doctrine et la jurisprudence parvinrent à établir cette incapacité qui, si elle correspondait au sentiment général, ne figurait

1. Il ne faudrait pas croire que le discrédit ou était tombée cette ordonnance ait été absolu. Dans un arrêt du 30 juillet 1693 en l'audience de la Tournelle civile rendu sur les conclusions de l'avocat général d'Aguesseau, ce dernier invoque comme base principale de son argumentation un article de l'ordonnance de 1629. (*Journal des audiences*, tome IV, livre 8, chapitre 23).

que dans de bien peu nombreuses coutumes et non dans les plus importantes.

La Doctrine

Ricard dans son traité des donations entre vifs et testamentaires, avant d'aborder l'étude des libéralités entre concubins, indique que tous les auteurs n'admettent pas de façon incontestée l'incapacité et que la question est loin d'avoir reçu une solution définitive : « Quant à la
« question de savoir si ceux qui sont dans un concubi-
« nage simple sont incapables parmi nous de se donner,
« c'est une difficulté diversement agitée par nos auteurs,
« dont les uns soutiennent l'affirmative et les autres leur
« sont directement opposés, et tous allèguent l'usage en
« leur faveur, sans apporter aucun arrêt qui ait nette-
« ment jugé la question (1). »

La plupart des auteurs et parmi eux les plus considérables sont toutefois d'accord sur ce point. S'il y eut longtemps quelque hésitation elle apparaît plutôt dans les décisions de la jurisprudence.

A la fin du XIII^e siècle, le premier et l'un des plus illustres des auteurs coutumiers, Beaumanoir, dans les coutumes de Beauvoisis, au chapitre des dons outrageux (2) parle de « dons contre bones meurs » qui ne

1. Ricard. Traité des donations entre vifs et testamentaires, 1^{re} partie. Chapitre III. Section VIII.

2. Beaumanoir, passage cité supra.

sont pas à tenir. Nous ne pensons pas que cela soit trop s'avancer que de comprendre dans ces dons « contre bones meurs » les donations entre concubins.

Au XVI^e siècle, d'Argentré dans ses commentaires de la coutume de Bretagne dit que ces donations « ont une « cause publique de prohibition (1) ».

A la même époque, le célèbre Dumoulin décide que la loi défendant au mari et à la femme de se donner doit être observée à plus forte raison à l'égard de ceux qui vivent dans le concubinage : « *Cum autem haec ratio fortius militet in impudicis quæ solent esse blandiores et rapaciores, multo magis statuum habebit locum in concubina, quæ non debet esse melioris quam pudica* (2) ».

De même Pierre Guenoys dans la « Conférence des « coutumes tant générales que locales et particulières du « royaume de France » dit que « donations faites à concubines interdites, étant contre bonnes mœurs et de mauvais exemple (3). »

Ricard (4), dont l'avis fait autorité en matière de donations, Furgole (5), Pothier (6), déclarent tous que les

1. D'Argentré. Commentaires sur la coutume de Bretagne sous l'article 266. Traité de Titulis, chapitre 5, n° 3.

2. Dumoulin. Sur le 196^e conseil de *Decius in verbo spoliatur*, passage cité dans le Dictionnaire de droit et de pratique de Ferrière. Tome I au mot concubinage.

3. Tome II. Addition sur ce Titre XIII. Donation et Don mutuel.

4. Ricard. Traité des Donations. Première partie. Chapitre 3. Section VIII.

5. Furgole. Traité des Testaments. Tome I. Chapitre VI. Section II.

6. Pothier oeuvres. Tome I. Introduction au titre XV. Section 1. Paragraphe 2. Tome VIII. Traité des Donations faites entre vifs et en mariage. Section 1. Art. 2. Paragraphe 6.

concubins sont incapables de se gratifier. C'était l'opinion la plus répandue et celle que l'on retrouve dans la plupart des ouvrages où la question est traitée (1). Comment ces auteurs justifient-ils leur décision ? Le concubinage, disent-ils, offense les bonnes mœurs, il est défendu par la religion et les constitutions canoniques ; la cause des donations n'étant pas légitime, les effets n'en doivent pas être respectés, et les Tribunaux ne peuvent reconnaître la validité de libéralités qui ne sont que le prix de honteux marchés.

Cet argument d'ordre général n'est pas celui sur lequel ils insistent le plus ; ce qui leur paraît plus décisif c'est que nombre de coutumes, celle de Paris, entre autres, interdisent formellement les donations entre époux. S'il y a lieu de craindre l'influence que l'un des époux peut prendre sur l'autre, influence dont il peut user pour se faire consentir certains avantages, à plus forte raison doit-on redouter que les personnes engagées dans les liens d'une union irrégulière ne soient entraînées à se faire des libéralités immodérées. Ce motif « *ne mutuo amore se spolierent* » qui a fait rejeter par la coutume les donations entre époux se présente avec une force beaucoup plus grande quand il s'agit de libéralités entre concubins. Pourquoi assurer un traitement de faveur

1. Guyot, Répertoire. Duplessis, Traité sur la coutume de Paris. Tome I. Traité 14. Livre 1, chapitre 3. Ferrière, Dictionnaire de droit et de pratique. Delalande. Commentaire de la coutume d'Orléans. Tome I. Titre XVI, art. CCXC. Pierre de l'Hommeau, Maximes générales du droit français. Livre 3. Maxime LXXXIV.

aux unions irrégulières, alors que l'on se montre si sévère et si défiant envers les unions légitimes ?

En tout cas on peut toujours présumer que ces libéralités ont été consenties dans un moment d'égarement ou de passion, qui ne laisse pas subsister entière la liberté d'esprit du donateur. Les donations d'un malade à son médecin, d'un écolier à son précepteur, d'un pénitent à son confesseur, sont interdites en raison de l'influence que subissent les uns soumis à l'autorité ou livrés aux soins des autres, à fortiori doit-on déclarer nulles les donations que peuvent se faire les concubins, qui exercent les uns sur les autres une influence bien plus puissante et bien plus redoutable.

Les auteurs favorables aux donations entre concubins invoquaient à l'appui de leur opinion les dispositions du droit romain. Ils pouvaient également en s'autorisant des exemples de l'antiquité contester la valeur de l'argument consistant à rapprocher des donations entre époux interdites par la coutume, les donations entre concubins qui, moins dignes d'intérêt, ne devaient pas être plus favorisées. Les donations entre époux avaient été interdites à Rome postérieurement par la loi Cincia, alors que les donations entre concubins étaient toujours restées permises, du moins dans la période classique. On ne peut donc de la prohibition des unes, conclure nécessairement à la prohibition des autres.

Il leur était répondu que dans le cas particulier, on ne pouvait afin de suppléer au silence des coutumes, emprunter à la législation romaine ses dispositions. Aucune comparaison n'était à établir entre deux situations

de fait absolument différentes, et que seule rapprochait une similitude de nom. D'ailleurs à Rome, dans tous les cas où le concubinage était interdit, en cas d'inceste ou d'adultère, les libéralités étaient du même coup frappées de nullité. En France, où à l'encontre de ce qui avait lieu à Rome, le concubinage est toujours défendu, les donations entre concubins doivent donc toujours être considérées comme sans valeur.

En résumé la plupart des auteurs tenaient pour nulles les donations que se faisaient les personnes vivant en concubinage. Toute la discussion ne portait que sur le cas de concubinage simple quand il y avait concubinage adultérin ou incestueux aucune difficulté ne subsistait et l'opinion unanime était que des donations consenties dans de telles conditions étaient absolument inefficaces, le droit romain lui-même, montrait d'ailleurs une semblable sévérité.

Beaucoup d'auteurs soutenaient que la prohibition subsistait toujours, alors même que toutes relations avaient cessé entre le donateur et la donataire. Ils donnaient comme raison de leur rigueur que l'on pouvait légitimement supposer que la libéralité n'avait été consentie qu'en considération des habitudes anciennes, et que pour récompenser un commerce illégitime, qui venait de prendre fin (1).

Que décider lorsque les concubins avaient transformé leur union en mariage? Les donations qu'ils s'étaient fai-

1. Pothier. Tome VII. Traité des Donations entre mari et femme. 1^{re} partie, article préliminaire, n° 31.

tes auparavant étaient-elles toujours nulles ou bien le mariage subséquent les rendait-il valables ?

La question ne pouvait se poser dans les pays où la coutume, comme à Paris, interdisait aux conjoints de se faire des libéralités. En effet si la donataire et le donateur étaient considérés comme mariés ou comme concubins, dans les deux cas la donation était nulle. Dans les pays où la coutume permettait les donations entre époux, le mariage ne suffisait pas à lui seul à rendre valables les donations qui avaient été consenties à l'époque où les époux vivaient en état de concubinage (1). Aucun événement postérieur ne pouvait rendre valable une donation nulle et sans effet dès son origine. Si les époux voulaient réaliser leur intention, ils devaient dans leur contrat de mariage confirmer ou plutôt renouveler la donation. Toute liberté leur était laissée à ce sujet. Ils pouvaient alors se faire des libéralités aussi étendues que la coutume le permettait (2).

Quelques auteurs n'étaient toutefois pas de cet avis et estimaient qu'on devait toujours redouter les dons exagérés conséquence d'une passion, qui, si l'on en jugeait par le mariage projeté, n'avait rien perdu de sa force. La donation était-elle excessive et trahissait-elle trop l'empire que l'un des futurs époux avait pris sur l'autre, il fallait l'annuler ou du moins la réduire dans de fortes proportions. C'était là le sort que subissaient des dona-

1. René Choppin. Commentaire sur la coutume d'Anjou. Tome 1. Livre III. Chapitre II. Titre III.
2. René Choppin, passage cité.

tions universelles, consenties par contrat de mariage, quand le mariage, ayant été célébré in extremis, ne paraissait être qu'un subterfuge dont on usait pour passer outre à la prohibition, et rendre valable une disposition frappée de nullité (1).

C'est également dans le même désir d'éviter qu'on ne tournât l'interdiction des dons entre concubins que la doctrine en vint à déclarer nulles les donations faites par interposition de personnes, celles faites par exemple au père, à la mère ou au conjoint d'un concubin. Les auteurs estimaient que ces personnes n'étaient pas dans la pensée du donateur les véritables bénéficiaires de la libéralité. C'était en réalité la personne prohibée concubin ou concubine qui devait profiter de la donation faite soit à l'un de ses auteurs, soit à son conjoint. On était d'avis que le père, la mère ou le conjoint tenaient de trop près au destinataire réel de la disposition pour qu'ils ne dussent pas être regardés comme personnes interposées. C'était là d'ailleurs l'application d'une règle générale dans l'ancien droit quand il s'agissait de donations interdites.

Cette règle n'était pas étendue aux donations faites aux frères, sœurs ou à l'héritier présomptif (2).

Tout ce qui vient d'être dit des donations entre vifs

1. Louis Olivier de Saint Vast. Commentaires sur les coutumes d'Anjou. Tome 3 sous l'article 354.

2. Ricard, chapitre 3, section XVI. De la prohibition de donner indirectement. *Recueil des questions de jurisprudence proposées par M. d'Aguesseau*, question 45.

s'appliquait également aux dispositions testamentaires (1).

A ce principe de la nullité des libéralités entre concubins, les auteurs apportaient une exception en faveur des donations modiques, destinées à assurer des aliments à la donataire. Il eût été en effet trop cruel d'annuler une telle libéralité qui devait dans l'esprit du donateur permettre à la bénéficiaire de mener une vie honorable, à l'abri du besoin, sans qu'elle fut désormais forcée d'accepter des secours plus ou moins désintéressés (2). Ricard, à l'encontre du droit romain, pensait que la même tolérance devait s'appliquer dans le cas de concubinage adultérin. Il n'en était pas de même lorsque c'était le concubinaire qui avait été gratifié. Il semblait à juste titre qu'il n'avait pas droit à semblable protection, et dans ce cas la donation était toujours annulée.

Il est une autre hypothèse dans laquelle les auteurs considéraient que la donation faite à une concubine pouvait être maintenue. C'est dans le cas où une donation à moins le caractère d'une libéralité que d'une réparation. Ainsi une jeune fille séduite pouvait, lors-

1. Pothier, tome VIII. *Traité de Donations Testamentaires*, chapitre 3, article 3, n° 151 : « Un homme qui a vécu en concubinage ne peut rien léguer à sa concubine si ce n'est des aliments. »

2. Ferrière. *Dictionnaire*, tome 1, concubinage.

Pothier, tome VIII. *Traité des Donations testamentaires*, chapitre 3, art. 3.

Furgole. *Traité de Testaments*, tome 1, chapitre VI, section II.

Ricard. Première partie, chapitre III, section VIII.

qu'elle avait cessé tout commerce avec son séducteur, recevoir de lui, soit par donation, soit par testament une libéralité assez considérable (1), pourvu toutefois que cette libéralité fut proportionnée à sa condition. Les auteurs estimaient que ce qu'elle avait reçu était moins un don que des dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle avait subi. C'était pour le coupable la meilleure façon de manifester son repentir et cela permettait à sa victime de s'établir honorablement. Nous verrons d'ailleurs en étudiant la jurisprudence, les conséquences tirées de ce principe par les tribunaux et les heureuses applications qu'ils en firent.

La Jurisprudence

La Jurisprudence que nous étudierons plus spécialement est celle du Parlement de Paris. C'est celle qui présente les cas les plus nombreux aussi bien que les plus intéressants. En outre le Parlement de Paris ne s'est jamais cru lié ni par le droit romain, ni par l'ordonnance de 1629 qu'il n'avait pas librement enregistrée, L'indépendance presque absolue qu'il avait jugé bon d'observer en la matière à l'égard du droit écrit et des textes législatifs, donne à ses décisions une signification toute particulière, d'autant plus que l'étendue de son ressort lui permettait d'assurer sur une bonne partie de la France l'unité de jurisprudence.

1. Olivier de Saint-Vast. Tome 3, sous-article 354.

L'étude des arrêts rendus par lui, nous permettra de nous rendre assez exactement compte de la position prise par la jurisprudence et de l'évolution qu'elle a subie au cours des 17^e et 18^e siècles.

Merlin dans ses « Questions de Droit » distingue trois époques dans l'histoire de la jurisprudence. La première antérieure à l'ordonnance de 1629, la seconde contemporaine de l'ordonnance, comprenant les dix ou vingt années qui en ont suivi la promulgation, la dernière enfin s'étendant jusqu'à la Révolution. La distinction nous semble un peu arbitraire, si quelqu'une devait être établie, il paraîtrait plus juste de se borner à examiner séparément les arrêts qui ont précédé l'ordonnance et ceux qui lui sont postérieurs.

1^{re} PÉRIODE

L'examen des arrêts de la première période ne permet pas de dire que la jurisprudence d'alors suivait une doctrine bien définie. Des donations sont maintenues complètement, d'autres annulées, certaines simplement réduites. Le principe de la nullité était encore bien discuté. Quand la donataire semblait digne d'intérêt, les juges hésitaient à la priver de la libéralité. Ils n'étaient pas sans invoquer les préceptes du droit romain pour motiver leur décision. Le Bret (1) en commentant un

1. Arrêt du 18 février 1610 rapporté par Lebret. Deuvres. Livre 1. Décision XII.

arrêt observe qu'en France la loi 5 D. de *donationibus* est appliquée, excepté *in milite in sacerdote in minore*, lorsque la concubine n'est pas une femme publique.

Dans la plupart des cas où la donation était annulée, le concubinage s'aggravait d'adultère (1) ou bien l'auteur de la libéralité était un prêtre (2). Le droit romain et le droit canonique suffisaient à assurer la nullité. De ces décisions on ne peut conclure que le principe de l'incapacité fut alors adopté.

Un arrêt plus intéressant est celui du 13 août 1553 rapporté par Lemaître (3). Les juges guidés par une pensée d'humanité laissent subsister quelques effets de la donation, tout en prononçant la nullité. Cette façon de procéder se généralisera pendant la période suivante. Le Parlement de Paris sans s'arrêter au droit romain pas plus qu'à l'ordonnance de 1629 inaugurerà une jurisprudence s'inspirant du désir de respecter des intérêts contraires, il est vrai, mais également dignes d'être sauvegardés.

2^e PÉRIODE

Au cours de cette période on voit s'affirmer de plus en plus le principe que les donations entre concubins sont nulles. Il ne faut pas voir là l'influence de l'article

1. Arrêt du 5 avril 1599 rapporté par Brodeau sur Louet. Lettre D. § XLIII.

2. Arrêt du 4 août 1625. *Journal des Audiences*. Tome I. Chapitre LXIII.

3. Lemaître, 3^e plaidoyer.

132 de l'ordonnance de 1629 puisque le Parlement de Paris se refusa toujours à l'appliquer. La jurisprudence dans son évolution, ne fait que suivre le mouvement qui caractérise le dix-septième siècle tout entier par le respect des idées morales. Il serait difficile de trouver sans cette période un commentateur estimant qu'à l'exemple du droit écrit il faille valider les donations entre concubins. Le principe de l'incapacité semble désormais en dehors de toute discussion. Toutefois si la règle fut absolue son application admit quelques tempéraments. En étudiant les arrêts que contiennent les recueils, on voit peu à peu se dégager la théorie de la jurisprudence que l'on pourrait assez exactement formuler dans les deux propositions suivantes :

1) la donation faite à une concubine est nulle et doit être entièrement anéantie lorsque la donataire n'a pas d'action en dommages-intérêts à exercer contre le donateur.

2) dans le cas contraire on peut donner des aliments et il y a lieu de réduire au taux d'une pension alimentaire la donation qui l'excède.

Il était admis que les filles séduites avaient le droit de réclamer à leurs séducteurs des dommages-intérêts qui le plus souvent leur étaient accordés sous forme de pension viagère. Les magistrats quand il leur était demandé d'annuler une donation consentie à une concubine et qu'ils se trouvaient en présence d'une fille qui séduite souvent fort jeune avait vécu maritalement avec le donateur, avait eu de lui des enfants, se refusaient à anéantir complètement une libéralité, constituant toutes les res-

sources futures de la donataire et de sa famille. Se basant sur ce qu'elle aurait pu tenter avec succès une action en dommages-intérêts, ils lui laissaient ce qu'ils estimaient qu'elle eût été en situation d'obtenir.

Quand la donation était modique ils la laissaient subsister toute entière (1). Au cas contraire ils la réduisaient. Bien des considérations entraient en ligne de compte. La fortune du donateur, ce qui avait été laissé aux héritiers légitimes. Le genre de vie de la donataire. Quelquefois les juges maintenaient des libéralités assez considérables dépassant le taux ordinaire des pensions alimentaires (2).

En 1730 l'avocat général Talon au cours d'un procès intenté par des héritiers contre une concubine donataire définit en ces termes la jurisprudence du Parlement (3) :
« Regardons comme un principe que les aliments peuvent être donnés à une concubine, disons même plus,
« il est des circonstances où ces aliments sont dûs, et où
« ils sont plus l'effet de la justice que d'une pure libéralité. Combien de donations ont été autorisées par vos
« arrêts sous ce titre favorable d'aliments. D'autres fois

1. Arrêt du 1^{er} juillet 1630 rapporté par Lemaitre, 3^e plaidoyer. (*Les plaidoyers et harangues de M. Lemaître*. Dernière édition. Paris MDCLXIX.

Arrêt du 13 décembre 1629. *Journal des audiences*. Chapitre LVIII.

Arrêt du 17 mars 1730. Denisart.

Arrêt du 28 mars 1730. *Causes célèbres*. Tome X. Affaire de la demoiselle de Grandmaison.

2. Affaire de la demoiselle de Grandmaison.

3. Affaire de la demoiselle de Grandmaison.

« les arrêts ont réduit des donations qui étaient trop
« fortes pour être regardées comme de simples ali-
« ments, et en général vos décisions semblent avoir une
« attention particulière à fixer en simple usufruit les
« donations faites à une concubine et à empêcher que
« les héritiers appelés par la nature et par la loi ne soient
« dépouillés par ces sortes de donations. Nous voyons
« même que dans l'esprit de la loi on peut ajouter quel-
« quefois aux aliments un dédommagement convenable
« pour réparer la honte et le dérangement que le mau-
« vais commerce du donateur avec la donataire peut
« avoir produits ».

Cette citation présente avec netteté les principes inspireurs de la jurisprudence.

Pour terminer cette revue sommaire de la jurisprudence, il nous reste à examiner quel était le sort réservé aux donations faites à des personnes interposées ou aux donations déguisées. Cela nous amènera à étudier la question de la preuve et à fixer dans quelle mesure l'ancien droit admettait cette matière en la preuve testimoniale. Enfin nous rechercherons s'il était admis que le donateur pût en invoquant sa propre indignité demander lui-même la nullité des libéralités qu'il avait consenties.

Afin de conjurer le danger que pouvaient faire naître les réclamations des héritiers frustrés, le donateur était tout naturellement tenté de déguiser sous la forme d'un contrat à titre onéreux le véritable caractère de l'acte qu'il passait. La plupart du temps la fraude trop manifeste était facilement découverte. Les juges sans s'arrêter

à l'apparence recherchaient quel était le but réel de l'opération et en anéantissaient les effets (1).

Quand il y avait eu cohabitation publique et scandaleuse, quand le concubinage était prouvé par écrit, nulle difficulté. Il n'en était pas de même quand il n'existait que des présomptions de déguisement quel parti devaient prendre les magistrats ? Certains auteurs estimaient qu'il fallait être dans ce cas très exigeant sur la nature des preuves à fournir.

Houard (2) dans le dictionnaire du droit normand, observe que même passés avec des filles dont les mœurs peuvent être fort critiquables, les contrats n'en doivent pas moins être réputés avoir les causes qu'ils expriment, et qu'un acte mérite toujours plus de foi que la présomption de son déguisement. Etablissant une différence bien nette entre les pures libéralités et les obligations pouvant dissimuler une donation, il ajoute que si dans le premier cas un commencement de preuve par écrit de la débauche suffit à en autoriser la preuve testimoniale, dans le second il ne peut en être de même et que l'obligation doit subsister, à moins qu'il n'y ait preuve acquise par écrit d'un commerce criminel entre les parties contractantes.

1. *Journal des audiences*. Tome II. Livre IV. Chapitre X.

Arrêt du 25 février 1665.

Arrêt du 22 août 1674.

Arrêt du 3 juillet 1685.

2. Houard. *Dictionnaire de la coutume de Normandie* Tome I Donation. Section III, arrêts cités (du Parlement de Paris du 16 mars 1723. Du Parlement de Rouen du 27 janvier 1780.)

L'auteur prétend dans son ouvrage que cette théorie était admise par le Parlement de Rouen. La distinction ne peut cependant se justifier. Si les présomptions sont assez fortes pour que les juges permettent aux héritiers de faire la preuve testimoniale, on ne voit pas pourquoi l'effet de cette preuve ne serait pas le même contre une libéralité déguisée que contre une libéralité pure et simple. Si l'obligation doit être regardée comme simulée quand il y a preuve par écrit du concubinage, pourquoi en serait-il différemment lorsque le concubinage est prouvé, mais par témoins seulement.

Les avis étaient également partagés sur la question de savoir si la preuve testimoniale du fait de concubinage était possible sans qu'il y eut commencement de preuve par écrit. Houard considère comme indispensable ce commencement de preuve. Deux arrêts du parlement de Bordeaux de décembre 1665 et du 26 juin 1696 (1) semblent confirmer cette opinion. Il est vrai que le premier de ces arrêts est inspiré par un motif particulier au concubinage adultérin et que les circonstances dans lesquelles le deuxième a été rendu restent ignorées. On ne peut donc dire que l'on se trouve en présence de deux arrêts s'étant nettement prononcés sur le principe.

On trouve quelques arrêts, notamment un arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} septembre 1784 qui n'admettent pas la preuve testimoniale. Mais dans ces espèces, la preuve par témoins aurait été tout aussi bien rejetée

1. Lapeyrère décisions sommaires du Palais. 6^e édition Bordeaux 1749 Lettre l n^o 5.

par des magistrats résolus en principe à l'admettre. Quand les présomptions sont faibles, quand les faits articulés sont peu vraisemblables et peu concluants, il est évident qu'on ne saurait autoriser la preuve par témoins.

L'opinion adverse qu'un commencement de preuve par écrit n'est pas nécessaire est exposée dans de nombreux arrêts. (1) Un arrêt du parlement de Toulouse dit notamment (2) : « on crut que puisque les mœurs « chrétiennes et nos arrêts condamnent de pareilles « dispositions, il était nécessaire d'admettre la preuve « par témoins. » Cette solution est d'ailleurs la seule juridique ; il n'y a pas de raison de distinguer le concubinage d'un autre fait et de vouloir lui appliquer, quant à la preuve des règles qui lui ont été édictées que pour les contrats et les conventions. Furgole l'avait clairement démontré : « Il ne peut y avoir de doute que le « fait de concubinage avec une fille ou veuve qui rend « les personnes indignes de recevoir des libéralités ne « puisse être prouvé par témoins. Il est impossible ou « du moins très difficile d'en rapporter la preuve par « écrit. Ainsi si la preuve testimoniale n'était pas reçue, « on ne pourrait jamais faire valoir l'indignité. Le « concubinage est un fait..... Il faut donc que la preuve

1. Vedel. Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, recueillis par Catellan. Tome 1, chapitre LXXXIV, arrêt du 21 avril 1718. Tome 2 p. 229 arrêts du 23 juin et 4 septembre 1756.

2. Catellan. Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse Livre II. Chapitre LXXXIV, arrêt du 21 juin 1664.

« en puisse être faite par témoins nonobstant les ordon-
 « nances de Moulins et de 1667, qui ne peuvent pas
 « recevoir une juste application aux simples faits qui
 « n'ont aucun rapport avec des contrats et des conven-
 « tions. Aussi tous nos livres sont pleins d'arrêts qui
 « ont admis la preuve testimoniale. » (1)

Il arrivait souvent que les héritiers, poursuivant la nullité d'une donation, demandaient qu'il leur fut permis de prouver que la donataire avait entretenu avec le donateur un commerce adultérin. Ce cas qui se présentait assez fréquemment n'était pas sans embarrasser les magistrats. On se trouvait en présence d'intérêts contraires également respectables, et il semblait difficile de trouver une solution équitable, qui ne sacrifîât pas trop les uns ni les autres. Un principe universellement admis était que le mari seul pouvait se plaindre de l'adultère de sa femme. Il paraissait inadmissible que l'on pût permettre à des héritiers, guidés uniquement par un motif d'intérêt, de troubler la paix des mariages et de déshonorer les familles. D'un autre côté interdire cette preuve c'était favoriser des libéralités que tout le monde s'accorde à reprouver et dans bien des cas récompenser la complaisance honteuse d'un mari, qui trouvait plus profitable de paraître tout ignorer.

Quoique la prétention des héritiers à faire la preuve de l'adultère fut fondée de par le droit écrit (2), le Parlement de Bordeaux se refusa toujours à la reconnaître,

1. Furgole. *Traité des Testaments*. Chapitre 6, Section 3, n° 194.

2. Loi *Claudius Seleucus, de his quae ut indignis*.

ainsi que l'atteste un arrêt de 1665, rapporté par Lapey-rere (1). Salviat (2) dans son ouvrage sur la jurisprudence de ce même parlement, cite deux attestations des 9 janvier et 17 mars 1730 d'où il résulte que, tant que le mariage subsiste, on ne reçoit d'une tierce personne, l'accusation, ni la preuve d'adultère contre une femme mariée, même aux fins civiles et par forme d'exception. Une exception à cette règle semble toutefois être faite en cas de complicité du mari qui a tiré profit de la donation faite à sa femme. Mais l'exception devrait bien rarement se présenter, car l'auteur ajoute qu'il n'y a de complicité notoire que dans le cas « où le Ministère « Public aurait déjà fait condamner le mari et la femme « dans des circonstances où il lui est permis de les « traduire en justice. »

Fournel dans son traité de l'adultère va plus loin encore. Il prétend que l'exception d'adultère ne peut être opposée à la femme si son mari est vivant à l'époque où on la propose, mais même après le décès du mari, si elle a des enfants dont l'honneur et l'état sont compromis par une semblable accusation (3).

Cette thèse n'est pas celle que soutinrent Ricard et Furgole. Tout en reconnaissant qu'en principe le mari est le seul à pouvoir se plaindre de l'adultère de sa femme, ces deux auteurs estiment que les héritiers peu-

1. Lapeyriere. Lettre 1, n° 5.

2. Salviat. La Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, Paris 1787. Sous le mot adultère.

3. Fournel. Traité de l'adultère cité par Salviat.

vent être reçus à opposer civilement le fait d'adultère sous forme d'exception, afin de faire annuler une donation ou un legs. La morale publique leur semble moins offensée par la révélation d'une faute qui le plus souvent n'est plus un secret pour personne, que par la protection accordée à des libéralités réprouvées à la fois par la loi et les mœurs.

D'après Ricard, les juges ont raison de distinguer
« entre le premier cas quand les héritiers veulent révé-
« ler l'adultère pour en profiter au préjudice de la veuve,
« en la faisant priver de ses conventions matrimoniales
« qui lui appartiennent en vertu d'un titre dont le fon-
« dement est honorable, d'avec le second qui tend à
« empêcher que la donataire ne profite de son crime et
« d'un avantage qui lui est fait, qui n'a pour fondement
« qu'une mauvaise action (1). »

Furgole estime que lorsque l'adultère est opposé sous forme d'exception, la preuve testimoniale doit en être admise (2).

De nombreux arrêts de différents Parlements, notamment de celui de Toulouse, nous prouvent que cette

1. Ricard. Donations partie I, n° 403. Chapitre III, Section VIII. L'auteur cite plusieurs arrêts du Parlement de Paris dont le plus ancien, du 5 avril 1589, figure dans le recueil de Louet, lettre D, n° 43.

2. Furgole. *Traité des Testaments*, Chapitre 6. Section 3, n° 194 et 196.

théorie était le plus souvent admise (1). Toutefois il n'y avait pas unanimité sur ce point. Certains soutenaient que, lorsque le mari ne se doutait de rien et qu'il n'y avait eu ni éclat ni scandale, la preuve testimoniale devait toujours être rejetée. Au Parlement de Paris, à peu d'années d'intervalle, deux avocats généraux, Portail (2) et d'Aguesseau (3) soutinrent les deux thèses opposées. Le premier prétendait que tant que l'accusation intéressait un tiers, soit le mari soit les enfants, la preuve testimoniale ne pouvait être reçue, le second considérait qu'elle devait toujours être permise, quand il existait, en faveur de son admission, des présomptions assez fortes.

La Jurisprudence se montrait aussi sévère que la doctrine pour les donations faites par personnes interposées. On admettait que les libéralités faites aux enfants d'une femme avec laquelle le donateur vivait en concubinage

1. Raviot sur Perrier, arrêts notables du Parlement de Dijon, Dijon 1735.

Catellan. Livre 2, chapitre 84, arrêt 21 juin 1644. Note de Vedel. Tome 1, chap. LXXXIV. Tome 2, page 229, arrêt du 23 juin 1756.

Journal du Palais. Tome 1, page 457. Arrêt d'Aix. 6 novembre 1673.

Boniface. Arrêts du Parlement de Provence. Livre III. Titre IV. Chapitre 1. Arrêt du 20 février 1642.

Denisart. Arrêts du Parlement de Paris, du 15 Décembre 1733 et du 17 mai 1736.

2. *Arrêts notables des différents tribunaux du royaume*, par Augeard. Paris 1756. Tome I. CCLXXX. Arrêt du 26 mars 1706.

3. *Journal des Audiences*. Tome 7. Livre 3. Chapitre 22. Arrêt du 19 mai 1722.

étaient en réalité destinées à la mère incapable de recevoir. Aussi ces donations étaient-elles annulées (1).

Jusqu'ici nous avons envisagé le cas où la donation est attaquée par les héritiers. Qu'arrivait-il lorsque le donateur regrettant sa générosité s'adressait aux Tribunaux afin d'obtenir que la libéralité consentie par lui fut anéantie. Il faut tout d'abord écarter l'hypothèse d'un donateur étant encore en minorité ou majeur mais ayant fait la donation à l'époque de sa minorité et se trouvant encore dans le temps utile pour en demander la rescission. Il n'y avait alors aucune difficulté, la donation était annulée. Il n'en était pas de même lorsque la donation avait été faite par un majeur. Les juges se référant au droit écrit appliquaient la loi de *condictione ob turpem causam*. Cela équivalait de la part des magistrats au refus de choisir entre deux personnes également indignes et dont la cause ne méritait pas que la justice s'occupât d'elle. Toutes choses étaient laissées en état. Si la donataire n'était pas tenue de rendre ce qu'elle avait reçu il lui était interdit d'obtenir le paiement de ce qui lui avait été promis.

Au cours de cette étude préliminaire de l'ancien droit nous avons vu s'affirmer peu à peu jusqu'au point de devenir incontesté le principe que les donations entre concubins sont nulles. Cette règle, en théorie absolue, une fois admise fut appliquée de telle façon que ses

1. Deux arrêts formels, l'un du Parlement de Paris du 4 août 1625 rapporté au *Journal des audiences*, tome 1, chapitre LXIII, et l'autre du Parlement d'Aix du 20 février 1642 figurant dans le recueil de Boniface consacrent cette doctrine.

effets en furent bien atténués. Le principe demeurerait toutefois inattaqué et si la législation nouvelle ne le maintint pas, ce ne fut pas qu'elle doutât de sa légitimité, mais plutôt qu'elle en craignit les conséquences pratiques, dont les dangers n'étaient jamais restés inaperçus.

SECTION II

Droit intermédiaire

L'incapacité dont étaient, sous l'ancien régime, frappés les concubins, fut-elle maintenue pendant la période intermédiaire ?

Il semblerait que les législateurs des assemblées révolutionnaires, moins soucieux de la défense de l'ordre social que de l'affirmation des droits absolus de l'individu, eussent dû être amenés à faire disparaître cette incapacité. Sa persistance n'est pas sans paraître étrange à une époque où la loi, celle du 12 brumaire an II, admet les enfants naturels à succéder à leurs parents au même titre que les enfants légitimes. Il eut été logique qu'un peu de la bienveillance témoignée aux enfants naturels fut reportée sur leurs parents. Si la loi reste muette à leur endroit, elle eut pu tout au moins leur permettre de suppléer à ce silence par des dispositions particulières.

La loi du 17 nivôse an II sur les donations, règle la quotité disponible et modifie l'état de la législation antérieure quant aux libéralités entre époux, mais ne règle

pas les incapacités de donner et de recevoir, même silence dans la loi du 4 germinal an VIII.

Aucune de ces lois ne visant la capacité, la conclusion qui s'impose, c'est que toutes les incapacités édictées par les lois et ordonnances antérieures ou établies par la jurisprudence ont subsisté jusqu'à la promulgation du Code Civil. Il suffit d'envisager les conséquences qui résulteraient du système contraire pour s'apercevoir qu'il est impossible de l'admettre. Du moment que l'on supprime une incapacité sous prétexte que les deux lois précitées ne l'ont pas mentionnée il faut également faire disparaître toutes les incapacités dont il n'a pas été parlé. Un homme mort civilement aurait pu faire une donation ou un testament ; un individu qui aurait assassiné le testateur aurait pu se présenter pour son héritier. Du point de vue strictement juridique il ne peut y avoir de doute possible (1).

Le maintien de l'incapacité dut paraître bien sévère et même illogique, à une époque où l'union libre était vue avec tant de faveur. Il y avait contradiction entre l'état de la législation et celui des mœurs. Certains tribunaux n'hésitèrent pas à passer outre et au risque de justifier leurs décisions par un raisonnement quelque peu aventureux préférèrent donner satisfaction à l'opinion publique.

Un des considérants d'un arrêt rendu par le Tribunal d'appel d'Amiens du 6 floréal an XII porte « que les lois

1. Chabot. Questions transitoires sur le Code Napoléon. Tome I. Page 252.

« du 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII dont les dispositions sont relatives à la transmission des biens par successions ou donations n'ont établi aucune incapacité citée contre les concubinaires (1) ».

Nous trouvons dans un arrêt « que les lois du 17 nivôse an II et 4 germinal an VIII n'établissent aucune incapacité de recevoir contre les concubinaires les prohibitions de l'ancien droit à cet égard ont cessé d'exister à partir de la promulgation de ces lois (2) ».

Ces deux arrêts à la vérité sont des exceptions. Le maintien de la première décision par la Cour de Cassation n'implique pas que la Cour suprême ait considéré comme abrogées les dispositions de l'ancien droit relatives à l'incapacité. Il s'explique au contraire par ce fait que la Cour estimait que la donation faisant l'objet du litige eut été reconnue valable par la jurisprudence antérieure, au nom de laquelle la disposition était attaquée par les héritiers (3).

Deux autres arrêts de la Cour de Cassation établissent formellement qu'aucune loi n'ayant abrogé l'incapacité dont étaient frappés les concubins cette incapacité n'a pas cessé d'être maintenue jusqu'à la promulgation du Code Civil (4).

1. *Recueil général des lois et arrêts*, 1^{er} volume 1791 — an XII, 2^e partie, page 188.

2. *Recueil général des lois et arrêts*, 2^e volume, an XIII — 1808, 2^e partie, p. 396. Arrêt de la Cour de Poitiers du 2 juin 1808.

3. *Cassation*, 1^{er} fructidor, an XIII. *Recueil général des lois et arrêts*, 2^e volume, an XIII, 1808, 1^{re} partie, page 154.

4. *Cassation*, 13 août 1816. *Journal des audiences de la Cour de Cassation*, année 1816, page 477.

Cassation, 19 janvier 1830. *Siray*, 1830, 1, 69.

Droit moderne

CHAPITRE I

Suppression de l'ancienne incapacité des concubins de donner et recevoir

Dans les trois projets du Code dûs à Cambacérès, nous ne trouvons au titre des Donations aucun article visant le cas particulier de concubinage. Il n'en est pas de même dans le projet présenté le 30 frimaire an VII par Jacqueminot. L'article 11 de la section première du Titre des Donations entre vifs et à cause de mort porte que « ceux « qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire « sont respectivement incapables de se donner ».

Dans le projet de la commission du Gouvernement, l'article 11 du Chapitre I du Titre IX est rédigé dans les mêmes termes. Ces dispositions ne doivent pas trop surprendre de la part de législateurs que l'ancien droit et la jurisprudence antérieure avaient de tout temps habitués à considérer le concubinage comme créant une incapacité de disposer et recevoir à titre gratuit.

Quand le projet fut soumis à l'examen des Tribunaux d'appel, il ne semble pas que le maintien de l'ancienne

incapacité ait soulevé beaucoup de critiques. Seul le Tribunal de Lyon (1) demanda que l'article 11 fut rayé. Il se basait pour en demander la disparition sur le danger des procès scandaleux que le maintien de cet article ne pourrait manquer de susciter. Il terminait ses observations en rappelant que dans l'ancien droit les effets produits par la prohibition que l'on voulait faire revivre avaient été le plus souvent funestes et il réclamait l'abolition de l'article comme étant contraire à l'honnêteté publique et à la liberté civile.

Faut-il croire que les critiques du Tribunal d'appel de Lyon aient été approuvées par la commission. Toujours est-il que l'article 11 disparut de la rédaction définitive. Dans l'exposé des motifs du titre des successions (2) fait par Treilhard au Corps législatif le 19 germinal an XI, l'orateur dit qu'il n'avait pas été jugé convenable d'étendre davantage les causes d'indignité. Il insistait surtout sur le péril causé par la nécessité de prouver des faits équivoques et susceptibles de recevoir des interprétations différentes. Il ressort de cette déclaration que c'est à la crainte des procès scandaleux si fréquents dans l'ancien droit que l'on doit la suppression de l'article maintenant l'ancienne incapacité.

Il est à remarquer que c'est au cours de l'exposé des motifs du titre des successions que se trouve cette observation de Treilhard relative à la suppression des incapacités que les auteurs du Code n'avaient pas cru devoir

1. Fenet, tome IV. *Observations des Tribunaux d'appel*.

2. Fenet, tome XII, page 136.

conserver. Lors de l'un des premiers procès (1) soumis à la Cour de Cassation, où fut contestée la validité d'une donation faite à une concubine, le demandeur prétendit que l'opinion de Treilhard ne pouvait être invoquée dans le cas d'une donation puisque son observation ne se référait qu'au projet particulier des successions, dont il était chargé d'exposer les motifs. Il ajoutait qu'on ne pouvait, sans en étendre abusivement la portée transporter cette opinion au titre des Donations et Testaments dont les motifs furent développés par d'autres orateurs.

Quand Treilhard parlait de l'héritier dont les habitudes criminelles avec le défunt constituaient pour lui une cause d'indignité dans le droit romain, il ne pouvait faire allusion à l'héritier *ab intestat*, puisque dans le droit romain cette cause d'indignité ne frappait que l'héritier testamentaire. Merlin (2) ajoute que si une observation concernant le titre des donations et testaments se trouve dans l'exposé des motifs du titre des successions il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque le projet du Titre des Donations et Testaments était dès à ce moment rédigé et devait être présenté au Corps législatif quelques jours après. Il est vraisemblable que Treilhard avait voulu, pour ne plus y revenir, envisager toutes les causes d'indignité supprimées dans le nouveau Code qu'elles portassent sur les donations et les successions testamentaires aussi bien que sur les successions *ab intestat*. Son observation reste donc décisive et nous prouve que les

1. Affaire du chevalier Legroing. *Journal des audiences*, 1820.

2. Merlin. Répertoire. Tome V. Concubinage.

auteurs du Code ont voulu supprimer l'ancienne incapacité.

Certains auteurs (1) qui ne peuvent se résigner à admettre que la question soit définitivement tranchée, ont fait remarquer que si l'incapacité a été supprimée, c'est que le législateur craignait les procès scandaleux, les inquisitions injustes et odieuses. Dans bien des cas, alors que le concubinage est publiquement avoué, et même quelquefois prouvé par des actes authentiques, il n'y a pas lieu de redouter le scandale. La raison qui avait dicté la détermination du législateur a disparu. Pourquoi alors témoigner tant de faveur à de telles donations puisque rien ne motive plus cette attitude ? Il serait dangereux de suivre ces auteurs dans une telle voie. On ne peut laisser aux juges la faculté d'appliquer ou non la loi, suivant qu'ils estiment que les motifs ayant inspiré le législateur, ne se retrouvent pas dans l'espèce qui leur est soumise. « L'abolition de l'indignité a été « prononcée en termes généraux, elle l'est donc même « pour les cas où il n'y a pas d'inquisitions injustes et « odieuses à craindre (2). »

D'après l'article 902 du Code civil toutes personnes peuvent donner et recevoir soit par donations entre vifs, soit par testaments excepté celles que la loi en déclare incapables. Parmi les incapacités prononcées par la loi,

1. Delvincourt. *Cours de droit civil*. Tome 2, page 63.

Delpach. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, tome VII, année 1858.

2. Merlin. *Répertoire*.

aucune n'atteint les personnes vivant en état de concubinage. Il semble donc bien que depuis la promulgation du Code civil rien ne les distingue quant à la capacité de faire ou de recevoir des donations. Cette opinion est celle de la plupart des auteurs (1). La jurisprudence dans son ensemble est ici d'accord avec la doctrine et de nombreux arrêts reconnaissent que le Code Civil a supprimé l'ancienne incapacité (2).

Cependant la question n'est pas définitivement résolue. Ceux qui sont restés partisans plus ou moins déclarés du système de l'ancien droit sont bien forcés de reconnaître qu'il n'existe plus d'incapacité spéciale frappant les personnes vivant en état de concubinage. Mais pour faire annuler de telles libéralités qui offensent la morale publique et constituent un danger pour les mœurs, il n'est pas nécessaire d'invoquer une disposi-

1. Merlin. Répertoire. — Coin Delisle, livre III, titre II sous article 912, n° 6. — Toullier, tome V, n° 719. — Demante, tome IV, page 62. — Saniterspès Lescot, tome I, n° 169 sous art. 902. — Troplong, tome 2 sous article 902. — Grenier, 1^{re} partie, chapitre 3, section VI. — Poujol, tome I, art. 911, n° 14. — Vazeille, tome II sur l'article 902, n° 17. — Duranton, tome 8, n° 242. — Demolombe. *Traité des Donations*, tome I, n° 566-567. — Aubry et Rau, tome 7, page 26.

2. Turin, 7 juin 1809. — *Journal des Audiences*, 1810. Supplément, p. 27. — Pau, 20 mars 1822. Sirey, 1822, 2, 223. Grenoble, 15 juin 1822. Sirey, 1825, 2, 136. Montpellier, 13 février 1829. Sirey, 1830, 2, 13. Montpellier, 23 mars 1824. Sirey, 1824, 2, 275. Lyon, 25 mars 1835, S, 1835, 2, 241. Dijon, 5 février 1863. Dalloz, 1863, 2, 53. Cassation, 26 mars 1860, S, 1860, I, 321. Cassation, 2 juillet 1866. Dalloz, 1866, 1, 377.

tion particulière de la loi (1). Il suffit de se référer aux principes généraux du Code, dont l'application exacte ne permet pas de laisser produire leur effet à de semblables donations. Nous nous proposons de rechercher quelles sont dans la pratique les conséquences de cette théorie et quel accueil lui a été réservé par la doctrine et la jurisprudence. Nous étudierons séparément les libéralités présentant le caractère d'une véritable donation et celles qui empruntent l'apparence d'actes à titre onéreux.

1. Delvincourt et Delpech. Passages cités plus haut.

Au cours des débats d'une affaire Champeaux-Grammont contre héritiers Cardon devant la Cour de Cassation, le Procureur Général Baron Mourre donne son avis sur la question. « Nous profitons « de cette occasion pour déposer dans le sein de la Cour une idée « qui un jour pourra recevoir toutes les explications convenables. « Nous disons que même sous l'empire du Code civil il ne nous « paraît pas certain qu'une donation faite à une concubine dut être « déclarée valable. Sans doute le Code n'a pas établi de prohibition explicite sur le cas dont s'agit, mais la disposition générale « qui prohibe tous les actes contraires aux bonnes mœurs n'est-elle pas applicable ? » *Journal des audiences*, 1816, page 477.

Affaire Legroing, 28 juin 1820. *Journal des audiences*, 1820.

L'avocat général Lebeau exprimant son opinion sur les donations et legs entre concubins pense que ces libéralités doivent être prescrites sous l'empire du code civil comme elles l'ont toujours été auparavant, que si le code ne contient aucune prohibition formelle sur ce point on peut l'induire de plusieurs dispositions générales qui flétrissent tous les actes que la morale réprouve.

CHAPITRE II

Donations directes

SECTION I

Moyens proposés pour annuler les donations entre concubins

Pour arriver à annuler les donations entre concubins, on a proposé trois systèmes basés le premier, sur l'application de l'article 901, le second sur l'application de la théorie de la cause et le troisième sur l'application de l'article 6. Nous allons examiner ces trois systèmes, en insistant particulièrement sur le second, qui nous semble le seul possible, mais qui soulève de grandes difficultés.

§ 1. Application de l'article 901

L'article 901 exige que le donateur ou le testateur soit sain d'esprit. Par sain d'esprit, disent certains auteurs (1), on doit entendre un homme dont la volonté

1. Delpach et Delvincourt. Passages cités supra.

est entière, dont les libres décisions ne sont dictées que par des motifs raisonnables. A ce type d'homme éclairé et sage, ils opposent celui qui, aveuglé par des passions violentes dont il n'est plus le maître, obéit, sans qu'il puisse offrir quelque résistance, à toutes les suggestions qui lui viennent de son entourage. C'est dans cette catégorie que doit être rangé celui qui vit en état de concubinage. Les donations qu'il a pu faire, il ne les a pas consenties librement, il était dans l'impossibilité de les refuser ; elles lui ont été arrachées. On se trouve, de par la force des choses, en présence d'un cas de suggestion et de captation. De tels actes à l'origine desquels on ne saurait découvrir un consentement qui ne soit pas vicié, doivent être anéantis.

Le simple exposé de cette théorie laisse tout de suite apercevoir sur quelle base fragile elle repose. Son résultat serait de rétablir sous prétexte d'appliquer l'article 901, une incapacité qui a été expressément supprimée. Le concubinage serait transformé en présomption de droit.

Nombreux sont les arrêts qui se sont refusés à admettre cette théorie, et à permettre que l'on prouvât la suggestion et la captation, lorsque c'était du concubinage seul que l'on voulait faire résulter cette preuve (1).

Il est vrai que le concubinage peut être retenu comme moyen de captation et de suggestion, mais ce n'est que

1. Pau, 20 mars 1822. — Sirey, 1822, 2, 223. — Grenoble, 15 juin 1822. Sirey, 1825, 2, 136. — Montpellier, 13 février 1829. — Sirey, 1830, 2, 13. — Paris, 17 juillet 1826. — Sirey, 1829, 2, 104. — Rouen, 8 janvier 1827. — Sirey, 1827, 2, 208.

lorsqu'il s'aggrave de manœuvres dolosives ou frauduleuses (1). Nous rentrons alors dans le droit commun, et rien dans ce cas ne distingue plus des autres les donations entre concubins.

§ 2. *Application de la théorie de la Cause*
(Art. 1131)

A. Exposé de deux théories. — Avant de rechercher quelle peut être l'application, en la matière que nous étudions, des articles 1108, 1131 et 1133 du Code Civil où il est question de la nécessité d'une cause licite pour la validité des contrats, il convient de se demander ce qu'il faut exactement entendre par la cause d'une donation. La définition de la Cause dans la donation est d'une grande importance : d'après la conception qu'on s'en fera, l'on décidera si les articles 1131 et 1133 doivent être appliqués aux contrats à titre gratuit.

Or le Code est laconique sur ce point ; on ne peut y trouver de définition de la cause ni pour les contrats onéreux, ni pour les contrats à titre gratuit. Tous les auteurs du Code sont d'accord pour reconnaître qu'il faut à une obligation une cause, mais ils ne disent pas d'une façon bien précise ce qu'ils entendent par là. Dans l'Exposé des motifs du Titre « des Contrats ou des obligations conventionnelles en général », Bigot de Préameneu déclare « qu'il n'y a pas d'obligation sans « cause, qu'elle est dans l'intérêt réciproque des parties

1. Lyon, 25 mars 1835. — Sirey, 1835, 2, 241.

« ou dans la bienfaisance de l'une d'elles (1). » Et Portalis, au cours de la discussion du Titre « De la Vente » au Conseil d'Etat, se demandant quelles sont les causes des contrats, décide que : « dans les contrats de bien-
« faisance, la cause est la bienfaisance elle-même (2) ». Evidemment cela n'est pas bien précis et cependant ces définitions qui reproduisent une opinion exprimée par Pothier suffisent à étayer une des théories de la cause qui ont été proposées par les auteurs modernes, en ce qui concerne les actes à titre gratuit.

Ces théories sont au nombre de deux. Pour certains auteurs, la cause d'une libéralité, c'est la volonté de donner. Pour d'autres, la cause d'une donation est le motif qui l'a inspirée. En d'autres termes, si quelques uns, la plupart même, s'attachent à distinguer la « cause » même de l'obligation du « motif » de la libéralité en donnant au premier de ces deux éléments un caractère en quelque sorte plus abstrait, certains auteurs se refusent à faire cette distinction.

La première de ces deux théories pourrait se réclamer de l'autorité de Pothier, quoique celui-ci s'exprime en termes assez vagues : « Dans le contrat de bienfaisance, dit-il, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte avec elle (3). » La géné-

1. Loqué : *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*. Paris, 1828, tome XII, page 325.

2. Loqué, tome XIV, p. 77.

3. Pothier. *Œuvres*. Edition Bugnet, 1828, tome II. *Traité des Obligations*, n° 42.

ralité de cette définition fait qu'elle ne fournit pas de réponse suffisante à la question : qu'est-ce que la cause ? C'est, dit Pothier, la libéralité de la partie qui s'engage ; mais malgré soi, on est amené à rechercher quelle est la raison de cette libéralité qui ne peut se comprendre sans motifs l'ayant déterminée. Nous avons vu que les auteurs du Code se sont contentés de reproduire la définition de Pothier. Elle paraît satisfaire aussi la plupart des auteurs modernes (1). La cause d'une donation, pour eux, c'est l'intention libérale, la volonté de conférer un bienfait, la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance. Une formule générale donnant assez exactement l'impression qui se dégage de ces définitions si voisines les unes des autres est celle-ci :

« La cause dans les donations n'est autre chose que
« l'intention manifestée par le donateur de gratifier le
« donataire (2). »

Si la plupart des auteurs se sont bornés à reproduire plus ou moins exactement la définition de Pothier, certains se sont efforcés de la justifier.

La cause d'un contrat à titre onéreux, disent-ils, c'est la contre-valeur qu'envisagent les parties en contractant. Il s'agit avant tout de dégager la notion de cause

1. Duranton, tome 8, n° 546. — Massé et Vergé, sur *Zachariæ*, tome 3, p. 51, § 419, note 3. — Demolombe. *Traité de la Paternité et Filiation*, n° 588, tome 18, n° 593. — Troplong, tome I, n° 379. — Aubry et Rau, tome 7, page 26, § 649, note 11 ; pages 57 § 651 et tome 4, p. 321, § 345. Baudry, Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, tome 1, n° 41 et suiv. — Fuzier Hermann sous l'article 893, n° 15 et suiv. — Martin. *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs*. Paris 1887, page 364. — Huc. *Commentaire*, tome 6, n° 18.

2. *Répertoire général du Droit Français. Donations entre vifs*, n° 1664.

de celle du consentement : « Au point de vue juridique, « la loi décompose la volonté de l'acheteur, elle distingue le moment où il entend s'obliger du moment où il entend acquérir en échange de son obligation, « l'objet dont il veut réaliser l'achat. Du premier, elle « fait le consentement à l'obligation, de l'autre elle fait « la cause de l'obligation (1). » Quant à l'objet, il est aisé à distinguer de la notion de cause. *Cur debetur* ? La réponse à cette question donne la cause de l'obligation. *Quid debetur* ? La réponse à cette dernière donne l'objet de l'obligation. La cause ne se confond pas davantage avec les motifs qui varient à l'infini suivant les besoins, les désirs des personnes qui s'obligent ; la cause au contraire reste toujours la même, quelle que soit la personnalité des contractants.

La notion de cause ainsi dégagée et définie pour les actes à titre onéreux ne saurait se retrouver dans les actes à titre gratuit, puisque celui qui donne ne reçoit rien en échange. C'est alors dans l'intention libérale qu'il faut chercher la cause de l'acte, et cette cause n'est pas moins distincte du consentement et des motifs, que celle d'un acte à titre onéreux. Qu'est-ce que le consentement, sinon la pure volonté de s'obliger ou de transférer la propriété. La cause, c'est : « La conscience qu'a « le disposant de ne point obtenir une contre-valeur, « un équivalent de ce dont il gratifie le donataire (2). » Quant aux motifs qui ont poussé le donateur à faire la libéralité, ils varient pour chaque donation.

1. Baudry, Lacantinerie et Colin. Ouvrage cité, tome I, n° 41 et suiv.

1. Baudry, Lacantinerie et Colin, id.

On dira encore sous une autre forme que la cause d'une donation est la volonté abstraite chez le donateur de se dépouiller gratuitement, le motif étant la raison concrète et la source psychologique de cette détermination libérale (1).

On voit par quelle analyse ingénieuse et quelque peu subtile, il est possible de dégager la notion d'une cause qui dans les actes à titre gratuit, comme dans les actes à titre onéreux, ne se confonde ni avec le consentement, ni avec les motifs.

D'autres auteurs (2) n'ont pas hésité à renoncer à la distinction presque traditionnelle de la cause et des motifs.

Déjà Domat était entré dans cette voie. Dans le passage de ses « Lois Civiles » où il analyse la notion de cause dans les différentes catégories de contrats, après avoir examiné les contrats synallagmatiques et les contrats réels, il définit ainsi la cause dans les contrats à titre gratuit : « Dans les donations, l'engagement de celui « qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque « autre mérite du donataire ou le seul plaisir de faire du « bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui « qui reçoit et ne donne rien (3) ».

Comme on le voit nettement d'après ce passage, Domat considère que la cause, c'est le motif qui a décidé le

1. Bartin. Ouvrage cité, p. 364.

2. Voir Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, page 346.

3. Domat. *Lois Civiles*, livre I, titre 1, section 1, n° 5 et 6.

donateur à s'obliger. C'est en considération des mérites, des qualités qu'il apprécie chez le donataire que le donateur s'oblige. La cause diffère dans chaque donation alors que, dans les autres contrats, elle est toujours la même pour un contrat d'un genre déterminé.

Cette définition de Domat a pour elle l'autorité de la tradition. Il ressort des textes tirés du droit romain dont Domat s'est servi pour fonder sa théorie et notamment d'un passage d'Ulpien (1) que les anciens entendaient également par la cause d'une donation le motif qui avait poussé le donateur à se montrer libéral.

Telle est également, avons-nous dit, l'opinion de bien des auteurs modernes. M. Planiol s'est très vivement élevé contre la conception de la cause adoptée le plus généralement par la doctrine et qui a pour résultat, nous le voyons dès maintenant, de rendre inefficaces les sanctions de la loi et de laisser subsister les actes les plus immoraux. Comment pourrait-on en effet annuler comme ayant une cause illicite une donation, si l'intention libérale même constitue l'élément de la cause. « Pour les auteurs modernes, dit M. Planiol, une donation n'a pas d'autre cause que l'intention libérale qui l'inspire. Tous répètent de confiance ce qu'a dit Pothier. Autant dire que la volonté de s'obliger n'a pas d'autre cause qu'elle-même. Une cause réduite ainsi à une volonté abstraite, dégagée de tout motif, ressemble fort à une cause qui n'existe pas. Dans l'isolement où

2. « *Non sine causa obveniunt (donationes) sed ob meritum aliquod.* » Ulpien. Digeste, livre XVII, titre 2, fragm. 9.

« on laisse l'intention libérale, elle échappe à tous les vices
« qui pourraient la corrompre. Elle ne peut être ni licite,
« ni illicite en elle-même puisque tous moyens d'appré-
« cier sa valeur morale font défaut. Avec ce système on
« ne trouve jamais de cause illicite dans les donations.
« Pour estimer l'intention du donateur, il faut recher-
« cher les motifs. C'est là qu'est la solution, c'est là qu'on
« trouvera des armes pour annuler les donations suspec-
« tes et donner satisfaction à la loi et à la morale (1) ».

Il est évident que ce système a au moins pour consé-
quence pratique de ne pas rendre sans objet l'article 1131
en matière de donations ; mais cet avantage ne constitue
pas sa seule raison d'être ni sa seule justification. Le
silence du Code, où nulle part on ne trouve de définition
de la cause, ne sauraient fournir un argument contre
cette théorie : Si les auteurs du Code ne se sont pas plus
étendus sur la notion de la cause, c'est qu'ils se repor-
taient à une conception « reçue par tout le monde de
« leur temps et qui n'avait pas encore soulevé de diffi-
« cultés (2) ». Il est vraisemblable que cette conception
était, non pas celle que les auteurs modernes ont cru
distinguer à travers les définitions assez vagues de Po-
thier, mais bien celle qu'on retrouve dans les travaux de
Domat.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer dans les libérali-
tés la cause du motif. Les auteurs qui ont soutenu la
théorie opposée semblent avoir été poussés par l'idée

1. Planiol. *Revue Critique*, 1888, page 705. Voir aussi : *Traité élémentaire de Droit Civil*, tome 2, page 347.

2. Id. *Traité élémentaire de Droit Civil*, tome 2, page 245, n° .

que la distinction doit toujours être faite quelle que soit la nature des contrats. Mais malgré tout, ils sont bien obligés d'avouer qu'on ne peut trouver de définition de la cause qui s'applique indifféremment à tous les contrats. Si la cause n'est plus la même quand il s'agit d'actes à titre onéreux ou d'actes à titre gratuit, si la notion doit changer, pourquoi vouloir qu'un des éléments de cette notion : la distinction entre la cause et le motif, se retrouve, alors que la notion diffère ?

Certains auteurs cependant, sans bâtir précisément une théorie spéciale de la cause en ce qui concerne les donations, par un détour, arrivent à confondre de même la cause et le motif. La cause d'une obligation, dit M. Gauly⁽¹⁾, c'est le service rendu ou promis par le créancier au débiteur. Appliquons cette définition de la cause aux contrats à titre gratuit : là encore, la dette est fondée sur l'intérêt du donateur ; ce n'est pas un intérêt pécuniaire ni matériel, mais un intérêt moral ; c'est en la personne du créancier qu'a sa raison d'être le sentiment de bien veillance qui inspire le donateur : « Le donateur a une qualité qui fait que le don lui est adressé de préférence à tout autre ; cette qualité, c'est la cause juridique du contrat ». Cela revient à dire que, dans une donation, la cause n'est pas distincte du motif. Dans les contrats à titre onéreux, la volonté ne se suffit pas à elle-même, elle doit être rendue intelligible par un fait distinct de la résolution ; cela est également vrai pour les contrats à titre gratuit : il n'y a pas de raison pour que,

1. Gauly. *Revue Critique*, 1886.

dans ce cas, plutôt que dans l'autre, la volonté puisse être à elle-même sa propre cause. Dès lors, le libre consentement du donateur n'implique pas forcément une cause licite et il faudra rechercher quel est le fait générateur de la volonté de celui qui s'oblige. Déterminer cette cause sera quelquefois délicat et difficile : « Le donataire sera
« d'abord mis en demeure de dire quelle est selon lui la
« cause de la libéralité, par là on saura au moins le pré-
« texte choisi par le donateur. Ce sera au donateur ou
« à ses héritiers contestant la validité de l'obligation à
« prouver que la cause indiquée est fausse et que la cause
« réelle est illicite (1) ».

B. *Conséquence des deux théories.* — Nous avons pu apercevoir en étudiant la théorie généralement admise de la cause et, d'autre part, la théorie qui se refuse à faire la distinction de la cause et du motif, quelles sont les conséquences de l'une et de l'autre.

Pour ceux qui considèrent l'intention libérale comme

1. M. Delachenal (*Revue Critique*, 1904) est arrivé à la même conclusion en étudiant l'influence exercée par l'article 1110 sur la détermination de la Cause en matière de donation. Aux termes de l'article 1110, l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle infirme la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est pas une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la détermination de la personne ne soit la cause principale de la convention. Si je fais une donation à un individu, croyant donner à un autre, on ne contestera pas qu'il me soit possible de demander la nullité du contrat. Pour quelle raison ? si ce n'est que la considération de la personne gratifiée était la cause principale de la convention. L'obligation repose sur une cause fausse et l'article 1131 permet d'en demander l'annulation. De même la donation ne sera pas plus valable si le fait de gratifier le donataire est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

l'élément même de la cause, la donation ne peut jamais être immorale ou illicite, car, en soi, une intention libérale n'a un caractère ni moral ni immoral. Pour les partisans de cette théorie, l'article 1131 doit donc être logiquement inapplicable aux libéralités. Comment cette cause, volonté toute abstraite, dégagée des motifs qui l'ont fait naître, pourrait-elle tomber sous le coup de l'article 1131 ? Cela paraît bien impossible et les auteurs qui admettent cette notion de la cause le reconnaissent pour la plupart. La cause d'une donation ne peut jamais être illicite, dit M. Bartin : « Puisqu'elle se résout en un pur acte de volonté, elle est indépendante de tout objet ou de tout fait antérieurs dont le vice pourrait l'atteindre (1) ». Demolombe dit la même chose en termes quelque peu différents : « Est-ce que la cause d'un acte à titre gratuit n'est pas de la part du disposant la volonté de conférer un bienfait et cette cause en soi, est-ce qu'elle est jamais illicite ? (2) ».

Or cette conséquence logique de leur théorie n'est pas sans effrayer ceux pour lesquels l'intention libérale est la cause même de la donation (3); et tout en cherchant à ne rien abandonner de leur principe, ils prennent un biais pour annuler certaines donations qui leur parais-

1. Bartin. Ouvrage cité, p. 369.

2. Demolombe. *Traité de la paternité et de la filiation*, n° 587.

3. C'est ainsi que Laurent, après avoir dit que les articles 1131 et 1133 sont inapplicables aux donations entre vifs puisque la cause de ces contrats c'est la libre détermination d'exercer une libéralité, aboutit, tout en conservant, en apparence du moins, la même définition de la cause, à une conclusion tout opposée. Qu'est-ce que la volonté de donner ? se demande-t-il. « C'est la volonté de conférer un bienfait, un sentiment de

sent scandaleuses : ils imaginent donc de transformer ces donations en actes à titres onéreux. Quelle que soit l'apparence extérieure d'un acte, les juges peuvent toujours rechercher quelle a été la pensée véritable des parties. Si l'acte est intéressé de part et d'autre, si la donation n'est qu'un marché, on ne se trouve plus en présence d'une libéralité, mais d'une convention onéreuse et si le fait qui est l'objet de cette convention est immoral ou illicite, l'application de l'article 1131 devient possible (1). Tel est le cas où la donation n'a été consentie que pour déterminer la donataire à entretenir des relations avec le donateur.

Mais nous ferons observer qu'il y aura toujours quelque chose d'arbitraire à transformer ainsi une donation en contrat à titre onéreux. Ceux qui prétendent que subordonner la recherche de la cause à celle du motif, c'est passer du domaine du droit à celui de la psychologie et par là tomber forcément dans l'arbitraire, n'échappent pas à la même objection. D'ailleurs un petit nombre de donations seulement pourraient se prêter à cette transformation.

« bienfaisance, d'affection, de gratitude. La loi se contente du sentiment
« qui nous pousse à faire le bien, elle approuve la donation qui est dic-
« tée par ce sentiment, voilà la cause. Si ce sentiment n'existe pas chez
« le donateur, il n'y aura pas de cause et par suite pas de donation. Il
« peut y avoir fausse cause si le donateur, indiquant comme motif juri-
« dique de sa libéralité la charité, l'affection et que ces motifs fussent
« faux, le véritable motif était la rémunération d'un service, le paiement
« d'un salaire. Si ce service consistait en un fait immoral, il y aurait
« certainement cause illicite et la donation serait viciée dans son es-
« sence. » Laurent. *Principes*, tome XI, p. 657, n° 506. Dira-t-on, après
ces explications, que la distinction de la cause et du motif, dans l'esprit
de notre auteur, subsiste avec quelque netteté ?

1. Bartin. Ouvrage cité page 386 : « Une donation dont la cause est
« illicite n'est pas une donation ; c'est un acte à titre onéreux. »

Encore une fois, il paraît logiquement impossible d'annuler une libéralité en se fondant sur le caractère illicite ou immoral de l'obligation, si l'on considère l'intention libérale comme l'élément essentiel de la cause.

Combien il est plus simple d'admettre l'autre théorie : le motif qui a inspiré la libéralité n'étant autre chose que la cause de l'obligation, on pourra facilement annuler une donation dont les motifs sont immoraux ou illicites. L'article 1131 trouvera dès lors aisément son application en matière de libéralités. Et de cette façon, les donations ne formeront pas dans notre droit une catégorie toute spéciale de contrats échappant aux règles communes et sur la validité desquels le caractère illicite ou immoral de la cause resterait sans influence.

C. Jurisprudence. — La jurisprudence s'est en général montrée favorable à l'application des articles 1131 et 1133 aux obligations qu'elles soient à titre gratuit ou à titre onéreux. Les arrêts ont donné les mêmes solutions pour les libéralités testamentaires que pour les libéralités entre vifs ; dans les deux cas, ils ont admis qu'on pouvait rechercher quelle était la cause des dispositions prises et, conformément aux articles 1131 et 1133, ils ont annulé les libéralités à l'origine desquelles se retrouvait une cause illicite.

Cependant quelques décisions sont restées fidèles à la notion de cause, telle que l'admettent la plupart des auteurs, cause qui, dans les libéralités, ne saurait être illicite. Ainsi un arrêt de Cassation (1) déclare que l'art.

2. Cassation, 21 juillet 1868. D. 1869. I, 40. Dans le même sens, Cass., 7 décembre 1885. P. 1888. I. 14.

1131 ne peut être appliqué aux libéralités testamentaires, lesquelles n'ont pas d'autre cause que le désir de gratifier ceux qui en sont l'objet : peu importe que le légataire ait employé pour s'attirer la bienveillance du testateur des moyens réprouvés par la morale, s'il n'est pas établi que ces moyens ont été de nature à détruire la liberté du disposant. Il a été jugé encore (1) qu'une libéralité entre vifs ou testamentaire a une cause légale qui en assure la validité, lorsque le donateur ou le testateur ont eu la volonté de donner ou de léguer ; quant aux motifs qui ont déterminé cette volonté, ils ne sont point, au sens juridique, la cause de la libéralité, et, par suite, quelque immoraux qu'ils aient pu être, ils n'entachent point la validité de la donation ou du testament.

Ces décisions sont peu nombreuses. La plupart des arrêts admettent que les dispositions à titre gratuit sont nulles aussi bien que les dispositions à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite (2).

L'interprétation que la jurisprudence donne de l'article 900 suffirait à prouver que l'application de la théorie de la cause aux libéralités est devenue pour les tribunaux de pratique courante et constante. L'on sait que les juges se reconnaissent le droit d'interpréter la volonté du donateur ou du testateur : Lorsque la condition illicite leur paraît être la cause impulsive et déterminante de la libé-

1. Tribunal de la Seine, 10 nov. 1893. D. 1895, 2, 115.

2. Cass. 31 juillet 1860. — S. 1860, 1, 833. — Cass. 26 mars 1860. — D., 60, 1, 255. — Cass., 2 juillet 1866, D., 1866, 1, 377. — Cass., 15 juillet 1878. P. 1879, 1041. — Nîmes, 2 mars 1837. P. 37, 2, 286. — Amiens, 14 janvier 1854. P. 1864, 329. — Paris, 15 février 1893. D. 1893, 2, 416.

ralité, au lieu d'effacer simplement la condition, comme semblerait l'exiger l'article 900 pris à la lettre, ils annulent la disposition tout entière comme fondée sur une cause illicite.

La jurisprudence admet donc que les libéralités peuvent être annulées, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite, mais la plupart des arrêts exigent que le caractère illicite de la cause ressorte des énonciations mêmes de l'acte. Cette exigence rend en pratique très rares les cas d'application de l'article 1131. Il est peu fréquent que les termes de la donation ou du testament ne laissent aucun doute sur la nature des motifs auxquels l'auteur de la libéralité a obéi. Les arrêts cités plus haut reconnaissent bien en principe qu'une donation faite à une concubine doit être annulée, quand la cause en est illicite, mais aucun d'eux n'a eu à faire l'application de cette théorie, parce que les termes mêmes de l'acte attaqué ne laissent pas suffisamment apparaître le caractère illicite de la cause.

§ 3. *Application de l'article 6*

On s'est donné bien du mal pour préciser ce qu'il faut entendre par la cause d'une donation et pour faire une distinction entre l'intention libérale, cause juridique, et les motifs ayant pu déterminer le donateur ; à notre avis, cette distinction est inutile. La théorie de l'intention libérale a au moins l'inconvénient de ne pas permettre l'application de l'article 1131 aux donations : la jurisprudence nous l'avons vu, en se référant au con-

traire à cet article, paraît par là, condamner cette théorie.

Certains auteurs, et surtout M. Labbé (1), tout en reconnaissant que les décisions de la jurisprudence ont un heureux résultat, en privant de tout effet des actes réprouvés par la morale, estiment que ces décisions sont en droit mal fondées et qu'il serait possible de leur trouver une base juridique meilleure dans l'article 6, du Code Civil : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

L'application de l'article 1131 aux donations, peut avoir de graves dangers, dit M. Labbé. Cet article dit bien qu'une obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, mais il en est de même d'une obligation sans cause ou sur une fausse cause. Puisque la cause d'une libéralité ne se distingue pas du motif, ne serait-on pas amené à annuler une donation dont le motif, serait non pas illicite mais faux ? Les motifs qui ont, à un moment donné, inspiré au donateur son acte libéral peuvent être par la suite reconnus sans fondement. Une application rigoureuse de l'article 1131, nous entraînerait à annuler dans ce cas la libéralité. Le donateur a pu être poussé par un motif d'ordre purement moral, par l'opinion avantageuse qu'il se faisait du donataire ; si cette opinion se trouve injustifiée, la cause est fausse : l'annulation doit-elle s'ensuivre ? Cela paraît bien excessif.

1. Labbé. Note sous Cassation, 15 juillet 1878. *Journal du Palais*, 1879, 1041.

Pourquoi parler de cause ? l'article 6, bien plus général que l'article 1131, peut trouver ici son application. Inutile de rechercher si la cause d'une donation est illicite ; c'est l'acte tout entier qu'il faut envisager. Si le but de la convention est immoral, toute efficacité doit lui être refusée.

Il est vrai que l'article 6 semble comporter une certaine limitation. Il interdit de déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il faudrait donc que le fait contraire aux bonnes mœurs fût expressément défendu par une loi ; sans quoi l'article 6 ne serait pas applicable. A cette objection on répond qu'une interprétation aussi stricte est rarement admise ; de l'avis commun, l'article a une portée plus générale : il n'est pas nécessaire, pour faire intervenir l'article 6, qu'on se trouve en présence d'attentats aux mœurs constituant des délits ou des crimes ; les faits que la morale réprouve sans que la loi pénale les frappe, ne peuvent pas davantage faire l'objet d'une convention valable. D'autre part, il est peu probable que le législateur, en spécifiant qu'il est interdit de déroger aux lois intéressant les bonnes mœurs, ait voulu imposer une limite à l'appréciation des juges et s'opposer à leur arbitraire : les articles 900 et 1131 ne laissent-ils pas aux tribunaux toute liberté d'apprécier ce qui rentre ou non dans ce qu'on est convenu d'appeler les bonnes mœurs ?

M. Labbé, pour arriver au même résultat que la jurisprudence, dont il critique le fondement juridique, trouve ainsi qu'il est préférable de forcer le sens littéral de l'article 6, plutôt que d'appliquer l'article 1131 ; c'est

qu'il reste fidèle à la conception traditionnelle de la cause, qui rend difficile l'application de ce dernier article, nous pensons au contraire que, dans les donations, la cause n'est pas distincte du motif et qu'une théorie de la cause ainsi comprise, laissant aux juges un large pouvoir d'appréciation, et leur permettant d'appliquer l'article 1131, se justifie. Certes, il ne nous paraît pas indispensable de conserver une théorie de la cause quelle qu'elle soit, puisqu'elle suscite d'aussi graves difficultés ; mais tant qu'elle ne disparaîtra pas du Code, pourquoi se refuser à en tirer les conséquences utiles qu'elle est susceptible de fournir. On dit bien qu'en confondant la cause et le motif, on pourra demander la nullité d'une donation sous le seul prétexte que les motifs ayant agi sur l'esprit du donateur se trouvent en fin de compte n'avoir pas été véritables. Ce danger ne nous paraît guère à redouter. Il suffira, pour l'éviter, que les juges se montrent exigeants sur la nature des preuves à fournir, les demandes ne reposant pas sur des bases sérieuses, n'aient pas chance d'aboutir.

SECTION II

Conséquence de la nullité

Supposons faite la preuve de la cause illicite : l'annulation de la donation sera prononcée. Il sera par conséquent permis au donateur ou à ses héritiers de répéter ce qui aura été donné : nous nous plaçons, bien entendu, dans le cas où la donation a été directe et où il n'y a pas d'autre motif d'annulation que le caractère illicite de la cause. Cette répétition pourra-t-elle s'exercer sans difficulté ? Le donateur ne se verra-t-il pas opposer la vieille maxime romaine « *In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* » qui n'est elle même qu'une des applications de la règle : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » Si ces deux règles étaient encore appliquées dans notre droit, à quoi servirait qu'il fût possible, au cas où une donation est faite à une concubine, de prouver le caractère immoral de la cause. L'indignité étant commune au donateur et à la donataire, le disposant ne pourrait faire annuler la libéralité qu'en alléguant les mobiles honteux auxquels il a obéi ; son action, en vertu de l'adage romain, ne pourrait être reçue (1).

1. Paris, 1^{er} août 1903. D. 1903, 2, 245.

L'ancien droit français a toujours admis la solution romaine ; cela ne saurait surprendre puisque dans le silence des coutumes et des ordonnances, c'était le droit romain, considéré comme raison écrite, qui devait être appliqué.

La plupart des auteurs modernes (1) sont restés fidèles à l'opinion traditionnelle suivant laquelle les parties ayant pris une part égale à une convention immorale sont non recevables à demander en justice respectivement, soit le paiement du prix stipulé, soit sa restitution s'il a été déjà payé. Dans le cas particulier d'une véritable donation entre vifs faite à une concubine, la cause immorale fût-elle prouvée, l'acte n'en resterait donc pas moins inattaquable ; le donateur ou ses héritiers qui ne peuvent avoir plus de droit que leur auteur, à moins d'une atteinte portée à leur réserve, verront forcément leurs prétentions repoussées par l'application de l'adage romain.

Le principal argument invoqué par les partisans de cette théorie, c'est que la dignité des tribunaux ne leur permet pas de trancher certains litiges. La sanction la plus efficace que l'on puisse donner à des conventions

1. Merlin. Questions de droit. Cause des obligations, § 1, n° 2. — Delvincourt, tome 2, p. 687. — Toullier, tome 6, n° 126, tome 11, n° 62. — Duranton, tome 10, n° 374. — Troplong. Du Louage, tome 2, n° 818. Larombière. Obligations, tome 1, art. 1133, n° 10. — Massé et Vergé sur Zacchariæ, tome 4, § 623. — Pont, Petits Contrats, tome 1, n° 663. — Aubry et Rau, 4^e édition, tome 4, § 442, notes 8 à 16, p. 741 et suivantes.

En sens contraire : Duvergier. Vente, tome 1, n° 207. — Marcadé sur l'art. 1133, n. 2. — Gillette. *Revue Pratique*, 6, 15, 1863, n° 441 et 467. — Colmet, tome 5, n° 49 bis. — Demolombe. Contrats, tome 1, n° 382, tome 4, n° 43 et 44.

immorales c'est de les laisser en dehors du droit. Dès qu'apparaît le caractère honteux du contrat soumis à leur appréciation, les juges doivent se refuser à examiner le cas ; ce refus constitue la juste punition de plaideurs qui n'ont pas craint de porter de telles causes devant les tribunaux.

Il ne nous paraît pas évident que les Tribunaux puissent se permettre de choisir parmi les contestations qui leur sont soumises, celles qui sont dignes d'être tranchées par eux. Le droit de recourir à la justice ne doit pas être considéré comme une faveur réservée aux seuls citoyens vertueux. Il semble d'ailleurs que l'examen des articles du code rende inutile cette discussion, car il nous fournit la preuve qu'actuellement la maxime romaine ne peut être appliquée.

D'après les articles 1131 et 1133, une convention immorale ne peut avoir aucun effet : ne serait-ce pas lui en reconnaître un que de refuser la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention. D'autre part, les articles 1235 et 1376 établissent et développent ce principe : « ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition » ; aucune exception n'est établie par eux pour le cas où il y aurait turpitude chez celui qui a payé. On a essayé de répondre à cette double argumentation. Si ce qui a été reçu est conservé, a-t-on dit, ce n'est pas par l'effet de la convention — elle ne peut en avoir aucun —, c'est parce qu'on devrait alléguer, pour arriver à répétition, sa propre turpitude. Ce raisonnement nous paraît faux. Est-il donc si déraisonnable de déclarer digne d'intenter une action en répétition après paie-

ment, celui qu'on croit digne d'invoquer devant la justice la nullité de son obligation, alors que celle-ci n'a pas été mise encore à exécution. Les partisans de l'application de la maxime romaine à notre matière prétendent encore — ce qui est contestable — que les auteurs du Code ont voulu envisager dans les articles 1235, 1376, 1381 uniquement ce que le droit romain appelait la *condictio indebiti* et ont laissé soumise aux règles traditionnelles la *condictio ob turpem vel injustam causam*.

Il semble surtout que l'intérêt social bien entendu s'oppose à l'application de la maxime romaine. A quel résultat aboutit-elle en pratique ? à favoriser les contrats que l'on juge dangereux pour l'ordre public et les bonnes mœurs : on ne pourra revenir sur leur exécution qui est définitive et à l'abri de tout recours. Du moment que les parties auront traité au comptant, elles n'auront plus rien à craindre. Avant son exécution, le contrat est inexistant ; après, il est inattaquable. Cette sécurité un peu scandaleuse n'existera plus si l'on considère qu'il est toujours possible de revenir sur ce qui a été fait : avant de contracter, les parties hésiteront peut-être devant la menace d'une annulation qui pourra être demandée à tout moment. Le danger étant toujours présent, cette insécurité suffira parfois à les faire renoncer à leur projet.

La jurisprudence n'est pas encore fixée sur ce point (1) ; on trouve des arrêts qui admettent la répétition, d'au-

1. Décisions se prononçant pour la répétition : Cassat, 30 juillet 1844. — S. 1844, 1, 582. — Cassat, 11 février 1884. D. 1885, 1, 99. — Cassat, 13 juillet 1885. S. 1886, 1, 205. — Cassat, 25 janvier 1887. S. 1887, 1, 224. —

tres qui la repoussent. Cependant les décisions les plus récentes semblent de plus en plus renoncer à l'explication de la règle romaine et s'en tenir à l'interprétation rigoureuse de l'article 1131. Dans notre pensée, l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegant* » ne peut être appliqué à notre droit, et rien ne met obstacle à ce que le donateur ou ses héritiers poursuivent l'annulation d'une libéralité quand aucun doute ne subsiste sur le caractère illicite de sa cause.

Nous avons essayé de prouver que, sans être accusé de vouloir rétablir une incapacité formellement établie par le Code, on pouvait annuler certaines donations faites à une concubine en se fondant sur le caractère illicite de la cause. En réalité, les tribunaux n'annulent pas fréquemment de telles libéralités ; nous l'avons vu, en effet, la jurisprudence réclame que la nature immorale ou illicite apparaisse avec une certaine évidence. Il ne suffit pas qu'aucun doute ne soit possible sur la nature des relations ayant existé entre le donateur ou le testateur et la bénéficiaire de la libéralité ; il faut qu'il apparaisse avec évidence que le concubinage a été la seule cause de la disposition ; de plus, la jurisprudence réclame souvent que cette évidence résulte des termes même de l'acte. Ces

Cassat. 4 novembre 1897. D. 1897, 1, 126. — Lyon, 23 janvier 1884. S. 1884, 2, 49. (Note de M. Lyon-Caen). — Caen, 18 janvier 1888. S. 1890, 2, 97. (Note de M. Meynial). — Dijon, 7 août 1899. D. 1901, 2, 241. — Rouen, 24 décembre 1901. D. 1902, 2, 397. — Tribunal supérieur de l'Empire allemand, 1^{er} décembre 1891. D. 93, 2, 11.

Décisions se prononçant contre la répétition : Cassat, 15 déc. 1873. S. 1874, 1, 241. (Note de M. Dubois). — Cassat., 1^{er} avril 1895. D. 1895, 1, 283. — Caen, 29 juillet 1874. D. 1875, 2, 127. Paris, 16 novembre 1888. S. 1891, 2, 89. — Nancy, 2 janvier 1893. S. 1894, 2, 206.

exigences de la jurisprudence rendent assez rares les applications de la théorie de la cause aux donations entre concubins quand ces donations sont directes. Cependant, comme, la plupart du temps, les arrêts sont inspirés par des considérations pratiques et des circonstances de fait, il nous paraît raisonnable de laisser aux juges un large pouvoir d'interprétation. Nous n'irons donc pas jusqu'à prétendre, comme le fait M. Planiol, dont la sévérité nous semble excessive, que les donations entre concubins ont toujours une cause illicite (1). Certaines ont été inspirées par des motifs respectables. Ce sera aux juges à faire ces distinctions (2).

1. Planiol. *Revue Critique*, page 705, 1888.

« Quand deux personnes qui vivent ensemble sans être mariées se font
« l'une à l'autre une donation, je persiste à croire que cette donation a
« pour cause le concubinage, car, sans lui, elle ne se serait point faite.
« Si le concubinage est illicite, la donation l'est également, elle le sera
« toujours ».

2. Lorsque des enfants issus du concubinage auront été légalement reconnus ces donations entre concubins pourront être réduites par application des articles 908 et 911. D'après l'article 908, les enfants naturels ne peuvent rien recevoir au-delà de ce qui leur est assigné au titre des successions. La loi dit dans l'article 911 que toute donation faite au profit d'un incapable sera nulle si elle est faite sous le nom de personne interposée. Si des enfants issus du concubinage ont été légalement reconnus, le père et la mère ne pourront se donner respectivement au-delà de l'article 757 du Code civil.

CHAPITRE III

Donations déguisées

S'il est une matière où la forme déguisée des donations se rencontre fréquemment c'est bien à propos des donations entre concubins. En effet, la plupart du temps le donateur ne tient pas à ce que sa libéralité soit connue. Il veut tenir cachée sa liaison, il redoute le scandale que pourrait causer la divulgation de sa générosité. Il espère, par cette voie, rendre impossibles les attaques de ses héritiers contre l'acte projeté. Le plus souvent, il préférera aux formalités d'un acte notarié, le moyen plus pratique d'une donation déguisée. Presque toujours ce sera sous les apparences d'une reconnaissance de dette, d'un billet à ordre, d'une lettre de change que se cachera la libéralité. Quoi de plus simple que de signer une reconnaissance, de souscrire un billet, d'accepter une traite? Le cas d'une vente simulée est plus rare. L'acte de vente semble en effet bien compliqué si on le compare aux actes que nous venons d'énumérer. L'étude de la jurisprudence nous montrera que c'est ordinairement sous forme d'obligations que sont déguisées les donations, dont l'annulation est demandée aux tribunaux.

D'une manière générale, on ne discute plus aujourd'hui la validité des donations déguisées. Une jurisprudence depuis longtemps établie reconnaît qu'une donation est valable alors même qu'elle est dissimulée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. La plupart des auteurs ont admis cette solution, quoiqu'elle soit manifestement contraire aux termes de la loi (1). Cette solution répond sinon à une nécessité, du moins à un désir très fréquent dans la pratique. Bien des personnes préfèrent garder le secret sur leurs affaires ; la possibilité

1. L'article 935 est en effet formel : « Tous actes portant donations « entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des « contrats et il en restera minute sous peine de nullité. » Une des raisons principales qu'on a fait valoir en faveur des donations déguisées c'est que la simulation ne doit pas être par elle-même une cause de nullité lorsque l'acte simulé eût pu être fait d'une manière directe et ostensible. Cela revient à dire que l'on peut faire indirectement ce qu'il était permis de faire directement. On oublie toutefois que ce que permet la loi c'est de donner avec les solennités expressément requises. Cet argument ne pourrait avoir de valeur que dans une législation où aucune forme spéciale n'est exigée pour les donations, comme en droit romain ou en France avant l'ordonnance de 1731. Le déguisement de la donation n'est pas frauduleux mais illicite.

On a tiré argument de l'intérêt des tiers de bonne foi, qui auraient contracté avec le donataire, sans connaître l'origine de ses droits et qui seraient injustement lésés si la donation était annulée. On a dit aussi que puisque les articles 911 et 1.099 annulent dans certains cas les donations déguisées, c'est que dans les autres hypothèses alors qu'elles ne sont pas faites en fraude de la loi elles sont valables. Malgré toutes ces raisons, il est difficile de justifier théoriquement en présence des termes formels de l'article 931 l'attitude adoptée par la jurisprudence, on arrive à ce résultat illogique qu'un acte portant donation expresse mais dans lequel une des formalités prescrites aurait été omise sera impitoyablement anéanti, alors qu'est validé un acte, qui n'est au fond qu'une donation, mais dans lequel toutes les formalités exigées par la loi sont ouvertement méconnues.

de déguiser une donation leur permet de dissimuler la véritable nature de l'acte qu'elles passent.

Les donations déguisées faites à une concubine sont assez fréquemment annulées. En effet, pour qu'une donation déguisée soit valable, il faut que les formes de l'acte onéreux dont elle emprunte l'apparence aient été respectées. Il faut que cet acte réunisse les conditions nécessaires à sa validité. L'un des éléments essentiels de l'obligation c'est la cause. Si la cause, sur laquelle repose l'obligation est illicite ou immorale, toute valeur juridique doit être déniée à l'obligation et par contre-coup la donation est anéantie.

Il ne faut pas non plus que la simulation soit trop apparente. Il est nécessaire que l'on puisse reconnaître dans l'acte, un acte à titre onéreux. S'il ne pouvait y avoir aucun doute sur l'intention de libéralité, si le déguisement faisait complètement défaut, l'acte serait nul en tant que donation, puisque les formes requises à peine de nullité pour les donations entre vifs n'ont pas été observées, il n'aurait non plus aucune valeur comme acte à titre onéreux, puisqu'il manque des éléments essentiels à son existence (1).

1. Cassation 23 mai 1876. D. 1876. 1. 253.

SECTION I

Application de la Théorie de la Cause aux donations déguisées

§ 1. — *Origine du système admis en Jurisprudence*

Merlin, dans son répertoire, au mot concubinage, après avoir établi qu'une donation faite à une concubine doit être considérée comme valable depuis la promulgation du Code civil, puisque l'ancienne incapacité a été abolie, maintient toutefois une distinction, entre une donation véritable qui a fait passer un corps certain dans le patrimoine de la donataire et la donation qui ne consiste qu'en une promesse de donner.

La première, d'après cet auteur, ne court en aucun cas le risque d'être annulée. Le donateur est-il en mesure de prouver que la libéralité a eu pour condition, que la donataire témoigne envers lui de certaines complaisances, cette condition sera réputée non écrite par application de l'article 900 et la donation subsistera. La donation n'aura-t-elle été qu'une récompense? Le principe du droit romain : « *Ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, non potest repeti, veluti si pecunia detur ut male judicetur, idem et si ob stuprum datum*

« *sit* » toujours admis en jurisprudence, empêchera que le donateur soit reçu à faire la preuve d'une telle allégation.

Si l'on se trouve, au contraire, en présence d'une donation, simple promesse de donner, la solution peut être toute différente. S'il y a preuve que la libéralité a pour cause la récompense ou la promesse de faveurs, la donation doit être considérée comme un véritable contrat commutatif, auquel sont applicables les articles 1131 et 1133. D'après Merlin, il ne suffit pas toutefois de prouver que le concubinage existait au moment où l'obligation a pris naissance. Il est nécessaire d'établir que la cause en est immorale. On peut fort bien supposer que la cause de l'obligation est licite. Ce serait rétablir l'incapacité que de présumer une cause illicite, du fait seul de l'existence du concubinage. Les Tribunaux doivent exiger une preuve par écrit.

Ce système a été adopté par la jurisprudence (1), mais la modération observée par Merlin n'a pas été en général suivie. Le principe une fois posé, il est facile d'en tirer des conséquences fort étendues. Il suffit de ne pas se montrer trop exigeant sur la nature des preuves à fournir. L'étude de la jurisprudence nous permettra de constater que la sévérité dont témoignent les tribunaux à l'égard de telles donations va s'accroissant.

1. Besançon, 25 mars 1808. — Sirey, 1809, 2, 15. — Grenoble, janvier 1812. — Sirey, 1813, 2, 11.

§ 2. *Obligations dont la cause n'est pas indiquée*

La validité d'une donation déguisée dépendra de la nature de la cause assignée à l'obligation, sous laquelle se dissimule la libéralité. Deux cas peuvent se présenter. Ou bien l'acte par lequel se est engagé le donateur indiquera quelle sera la cause sur laquelle est prétendue fondée l'obligation, ou bien l'acte constatera simplement la promesse de payer une certaine somme, sans contenir l'indication d'une cause quelconque. L'article 1132 prévoit cette éventualité. « La convention n'en est pas moins « valable, bien que la cause n'en soit pas exprimée. » La convention est valable, une cause licite est présumée, mais à qui du créancier ou du débiteur incombera le soin de prouver que cette cause existe réellement ?

Dans l'ancien droit, on faisait une distinction. On pensait que la formule « Je reconnais devoir » exprimait suffisamment la cause de l'obligation. Celui qui s'oblige en déclarant devoir, s'oblige par cela même qu'il doit, par conséquent d'après une juste cause. Il en était autrement lorsque l'acte ne contenait qu'une promesse de payer, quand il portait uniquement, « je paierai ou je promets payer ». C'était alors au créancier de prouver qu'une cause réelle existait.

Cette distinction doit-elle être maintenue malgré l'article 1132. Est-ce au signataire de l'acte à prouver qu'il a souscrit une obligation sans cause ou sur une cause illicite. L'article 1132 décide bien que l'obligation est valable quoique la cause n'en soit pas exprimée. Quel est celui qui prétend tirer argument de cette disposition de

la loi, sinon le créancier? Et alors n'est-ce pas à lui, si l'on applique les règles ordinaires sur la preuve, que revient le soin de prouver que le titre dont il prétend se servir, quoique n'énonçant pas de cause, en a une réellement? Dans cette opinion, l'article 1132 se bornerait à constater qu'une obligation est valable, malgré l'absence de l'indication de la cause. Cela ne dispenserait pas le créancier d'en prouver l'existence. L'acte fournit bien la preuve du consentement, mais non celle de la cause.

La solution contraire a prévalu (1). Une véritable présomption légale est créée par l'article 1132, qui envisage plutôt la preuve de l'obligation que sa validité. Que faut-il entendre par ces mots : n'en est pas moins valable? Sinon que la force probante de l'acte est la même, que la cause soit ou non exprimée. Dans les deux cas, le créancier n'a pas à prouver l'existence d'une cause réelle et licite. L'écrit produit par le créancier constate un aveu du débiteur. Le souscripteur du billet s'est reconnu obligé de payer. Cet aveu suffit pour que l'obligation soit présumée avoir une cause.

Il reste toutefois une ressource au débiteur, c'est de prouver que la présomption n'est pas fondée. Il doit démontrer qu'il y a cause fausse, c'est-à-dire qu'il ne doit rien, ou qu'il y a cause illicite. Cette dernière hypothèse est celle qui nous intéresse. Nous examinerons plus loin comment cette preuve peut être fournie.

1. Cassation, 28 octobre 1885. D. 1886, 1, 69.

§ 3. *Obligations dont la cause est exprimée*

Le plus souvent une cause sera indiquée. Il semble aux parties qu'il sera plus facile de détourner les soupçons et que la simulation sera plus parfaite, quand une cause vraisemblable aura été assignée à l'obligation.

Le paiement d'une obligation causée étant réclamé en justice, la cause indiquée est, jusqu'à preuve du contraire, présumée sincère et véritable. C'est au débiteur poursuivi d'en démontrer le caractère faux. Cette preuve une fois faite, c'est au créancier de prouver que l'obligation, si elle ne repose pas sur la cause indiquée dans l'acte, cause reconnue fausse, est fondée sur une autre cause qui, quoi que non exprimée est réelle et licite. Cette question est controversée. Le débiteur, après avoir démontré que la cause exprimée dans l'obligation est fausse, n'est-il pas tenu en outre d'établir que l'obligation n'a pas de cause, ou qu'elle en a une illicite. L'opinion la plus répandue, c'est qu'une fois la preuve faite de la fausseté de la cause apparente, c'est au créancier de prouver qu'une cause valable existe⁽¹⁾.

Un commencement de preuve par écrit est-il nécessaire pour que l'on puisse prouver la fausseté de la cause? Il faut distinguer selon qu'il s'agit de simulation simple ou de simulation frauduleuse. La simulation frauduleuse comprend la fraude à la loi, et il y a fraude à la loi lorsque la cause est illicite. Dans ce dernier cas

3. Besançon, 13 février 1855. — Dalloz, 1855, 2, 29 — Cassat, 14 juin 1880. Dalloz, 1881, 1, 317. — Cassation, 30 novembre 1885. — Dalloz, 1887, 1, 443.

un commencement de preuve par écrit n'est pas nécessaire, articles 1348 et 1353. La preuve par témoins et par présomptions est admise. La question a cependant été fort discutée lorsqu'il s'agit de prouver que la cause de l'obligation est le « *pretium stupri*. » Dans ce cas particulier, bien des auteurs et de nombreux arrêts ont prétendu que l'application de la règle générale, devait souffrir une exception.

Dans le cas où le débiteur peut uniquement prouver la simple simulation de la cause, la simulation n'étant pas par elle seule frauduleuse, il n'y a pas lieu de déroger aux prescriptions générales des articles 1319, 1320 et 1341. Ces articles ne permettent d'attaquer les énonciations des actes authentiques ou privés qu'avec un commencement de preuve par écrit. On a soutenu, il est vrai, que, si le moyen de nullité porte sur un des éléments essentiels de l'obligation, on ne se trouve plus dans le cas prévu par les articles précités. C'est seulement quand l'obligation est légalement formée et a dès lors une cause sincère, qu'elle fait la loi des parties et qu'il est interdit de prouver contre ces énonciations, sans un commencement de preuve par écrit, ce raisonnement ne nous semble pas fondé. Les prescriptions des articles 1319 1320 et 1341 sont générales et n'admettent pas d'exceptions. Lorsqu'il s'agit de prouver uniquement que la cause exprimée dans l'acte est fausse, un commencement de preuve par écrit doit être exigé.

Dans bien des cas, les arrêts se sont contentés pour déclarer fausse la cause exprimée dans le titre, de ce que les énonciations même du titre suffisaient à démontrer

la non réalité de la cause. La règle interdisant de prouver contre et outre le contenu d'un acte en l'absence d'un commencement de preuve par écrit est toujours respectée. Le commencement de preuve par écrit de la simulation alléguée existe bien, puisque les juges estiment que le titre seul dont prétend se servir le créancier, suffit pour former commencement de preuve par écrit, dont l'existence permet de contredire la teneur du titre par la preuve orale et par les présomptions judiciaires (1).

Souvent il suffira, pour faire annuler une donation déguisée, de prouver la fausseté de la cause exprimée dans l'obligation, sans qu'il soit nécessaire d'en démontrer le caractère illicite. L'étude d'un cas concret, permettra de mieux faire saisir comment il est possible d'arriver à ce résultat.

Une servante réclamait aux héritiers de son maître le paiement d'un billet souscrit en ces termes : « Je
« reconnais devoir à J... D... la somme de 3.300 francs
« qu'elle m'a prêtée en mon besoin. Je m'engage à la
« lui rembourser huit jours après mon décès, c'est-à-
« dire que mes enfants seront obligés de payer cet effet
« par parts égales et ne pourraient se refuser de le
« payer. Ils ne pourraient pas le faire casser par les
« tribunaux, J... D... se fera rembourser huit jours
« après mon décès, mais je m'oblige à lui payer les
« intérêts dudit billet tous les ans à 5 o/o, quoique non
« écrit de ma main, j'adopte le présent billet. »

1. Besançon, 13 février 1865. — Dalloz, 1865, 2, 29. — Cassat., 14 juin 1880. — Dalloz, 1881, 1, 317. — Cassation, 30 novembre 1887. — Dalloz, 1887, 1, 443.

Les héritiers prétendirent que le titre était nul, comme reposant sur une fausse cause ou sur une cause illicite. La Cour d'appel estima que le billet seul suffisait pour former dans la cause, commencement de preuve par écrit. Les énonciations diverses, l'époque d'exigibilité, les précautions inusitées prises par le souscripteur, les charges imposées par lui à ses héritiers, l'interdiction de toutes voies judiciaires contre ce titre, constituaient des indices écrits donnant toute vraisemblance à l'imputation de fausseté de la cause exprimée, ces indices étaient corroborés par tous les documents du procès, dont ressortaient des présomptions graves contre la sincérité de l'obligation. Il était évident que la bénéficiaire du billet, simple domestique, n'avait jamais été en mesure de prêter à son maître une somme aussi importante. La cause énoncée étant reconnue fausse, et J. D. n'ayant pas tenté de donner au billet une autre cause réelle et licite, comme d'autre part elle prétendait que le titre était sincère, qu'il n'y avait pas donation, l'obligation fut annulée, comme fondée sur une cause fausse, sans qu'il fut possible de lui assigner aucune autre cause valable.

La solution adoptée par le Tribunal de première instance avait été différente (1), ainsi que la Cour, il avait reconnu que la cause énoncée n'était pas sincère et que les sommes prétendues prêtées, n'avaient jamais été versées au souscripteur du billet, mais il avait vu

3. Tribunal de Baume-les-Dames, 29 juillet 1864. — Besançon, 13 février 1865. — Dalloz, 1865, 2, 29.

dans l'obligation une donation déguisée dont il ne pouvait être permis de prouver la cause illicite par témoins et par présomptions.

Il est évident qu'une reconnaissance dont la cause est démontrée fausse, peut valoir à titre de donation déguisée, si les parties sont capables de disposer et de recevoir à titre gratuit. Mais on ne doit pas croire présumée cette donation. Cela est contraire au principe que le fardeau de la preuve incombe à la partie alléguant un fait nouveau. C'est à la personne se prétendant donataire, de prouver que l'obligation n'est en réalité qu'une donation (1).

En résumé lorsque le débiteur se borne à soutenir que la cause exprimée est fausse, il lui faudra un commencement de preuve par écrit. Cela ne constitue pas une grande difficulté, puisque dans bien des cas, l'acte invoqué par le créancier peut servir à cette fin. La cause reconnue fausse, ou bien le créancier ne prétendra pas qu'il existe une autre cause licite, et alors l'obligation sera nulle pour défaut de cause, ou bien le plus souvent il fera valoir que l'acte litigieux est en réalité une donation déguisée. Ce sera alors au débiteur de prouver que la cause de la donation est immorale.

1. Orléans, 27 mai 1875. -- Dalloz, 1877, 2, 177.

SECTION II

Preuve de la cause illicite

Plusieurs arrêts, tout en reconnaissant qu'une convention n'ayant d'autre cause que le concubinage, peut être annulée comme contraire aux bonnes mœurs, exigent cependant que la preuve d'une telle cause résulte des énonciations de l'acte lui-même. Cette preuve ne peut être puisée dans les circonstances du litige. Admettre le contraire, ce serait retomber dans des recherches dangereuses redoutées à juste titre par le législateur. D'après ces décisions doivent être exclues la preuve testimoniale et celle qui résulterait de présomptions, quelque graves précises et concordantes que ces présomptions puissent être. Certains auteurs se rangent également à cette opinion (1).

Sans trop s'écarter de cette doctrine, des arrêts ont estimé, que l'on peut déterminer le sens et la portée de la cause énoncée dans une obligation, en invoquant des

1. Cassation, 26 mars 1860, Sirey 1860, 1, 321. — Amiens, 9 avril 1865. Cassation, 2 juillet 1866. Dalloz, 1866, 1, 377. — Orléans, 27 mai 1875. — Dalloz, 1877, 2, 177. — Alger, 23 décembre 1895. — Dalloz, 1897, 2, 453. — Demante. Cours analytique, t. 4, page 62. — Vazeille. Donations, t. 2 sur l'article 901, n° 17. — Coin-Delisle. Donations sur l'article 902, n° 6.

preuves écrites. Cette preuve n'est pas invoquée pour rechercher la cause illicite en dehors du billet, mais uniquement pour interpréter l'expression caractérisant la cause. Supposons une obligation causée « valeur à titre de reconnaissance » un sentiment de reconnaissance peut être la cause valable d'une obligation, mais l'expression de reconnaissance suppose des services rendus. Quelle est la nature de ces services ? Si des lettres versées aux débats permettent de constater que la reconnaissance énoncée se rattache exclusivement aux relations illicites ayant existé entre le souscripteur du billet et la bénéficiaire, il ne peut y avoir de doute sur le caractère immoral de la cause. Cette solution s'écarte un peu de la théorie précédente. Elle laisse aux juges plus de liberté. Sans rechercher directement la nature de la cause en dehors des termes de l'acte, il est permis d'interpréter ces termes, à l'aide de lettres émanant des parties (1).

Peut-on assimiler à l'acte des écrits émanés des parties elles-mêmes et révélant non seulement l'existence du concubinage, mais aussi le but de l'obligation ? Cette assimilation ne doit-elle pas surtout être permise, quand les écrits sont spontanément versés aux débats, par la demanderesse elle-même ? C'est ce qu'a admis la Cour de Montpellier et à sa suite la Cour de Cassation. La concubine avait tout d'abord réclamé le paiement du billet, comme constituant un acte à titre onéreux, puis changeant de tactique, elle avait prétendu qu'il ne fal-

1. Besançon, 19 mars 1862. Dalloz, 1862, 2, 58.

lait voir dans cet acte qu'une donation déguisée. Les lettres produites prouvaient bien qu'il y avait donation, mais par contre ne laissaient subsister aucun doute sur le caractère immoral de la libéralité, c'était en quelque sorte un aveu, constituant une preuve complète (1).

Si parmi les décisions précédentes, toutes n'observent pas exactement le principe, que la preuve du concubinage, envisagé comme cause unique de la convention, ne peut être cherchée en dehors de l'acte, aucune ne se contente du mode de preuve ordinairement admis, quand il s'agit de démontrer le caractère frauduleux d'un acte. Nous nous sommes toujours trouvés en présence de preuves par écrit, constituées par les lettres des parties en cause.

La règle est pourtant que la preuve par témoins contre et outre le contenu d'un acte est admissible, quand cet acte est attaqué pour cause de fraude, soit qu'il y ait fraude envers la personne ou fraude à la loi, (art. 1341-1353). Or il y a fraude à la loi quand la cause illicite d'un engagement a été déguisée sous la forme d'un acte licite et obligatoire. Une enquête peut même être ordonnée; bien qu'elle ne tende pas à prouver directement la fausseté de la cause énoncée à l'acte, lorsqu'elle doit avoir pour résultat de faire apparaître indirectement le caractère illicite de la cause réelle. La simulation par elle-même ne constitue pas une fraude à la loi, mais lorsqu'en prouvant la simulation, on prouve en

2. Montpellier, 23 février 1885. Cassation, 23 juin 1887. Dalloz, 1889, 1, 35.

même temps le caractère illicite de la cause, il y a lieu d'admettre la preuve testimoniale (1).

Doit-on faire exception à ce principe lorsque la cause illicite est le concubinage? De nombreux arrêts ont considéré qu'aucune distinction ne s'imposait quand il s'agissait de ce cas spécial de cause illicite et qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer aux conventions dont le concubinage est l'unique cause, un traitement particulier (2).

Cette solution a le mérite d'être conforme aux textes. Elle est en outre la plus rationnelle. La preuve du caractère illicite de l'obligation ne pourrait jamais être faite, s'il fallait que les termes mêmes de l'acte suffissent à renseigner exactement sur la nature immorale de la cause. Il est bien évident que celui qui souscrit un billet à sa maîtresse pour lui faire une donation n'ira pas mentionner dans l'acte la cause réelle de son obligation. Ce serait trop bénévolement fournir des armes à ceux qui, dans la suite, auraient intérêt à faire prononcer la nullité de la disposition. Admettre cette exigence d'une preuve tirée exclusivement de l'acte critiqué, ce serait dans la plupart des cas rendre inapplicables les sanctions de la loi. Les héritiers du donateur seraient presque toujours impuis-

1. Cassation 27 juillet 1874. Dalloz 1876. 1. 104. Cassation 28 août 1877. D. 1878. 1. 164.

2. Cassation 2 février 1853. Sirey 1853. 1. 428. Cassation 30 novembre 1885. Dalloz 1887. 1. 443. Cassation 21 mars 1898. Sirey 1898. 1. 513. Aix, 25 janvier 1883. D. 1883. 2. 237. — Agen, 7 juillet 1886. Sirey 1886, 2. 189. — Dijon, 3 décembre 1894. Dalloz, 1895, 2. 237. — Dijon, 22 mars 1900. — Dalloz, 1901, 2. 45. — Grenoble, 6 mai 1902. — Dalloz 1903, 2. 335.

sants à se soustraire au paiement des billets qui leur seraient présentés.

Dans une certaine opinion, on pourrait se servir de la correspondance et en tirer des éléments de preuve, tenir compte aussi des déclarations faites par les parties lors de leur comparution devant le Tribunal, mais on ne devrait jamais permettre d'enquête. Autoriser l'enquête, c'est autoriser les investigations les plus fâcheuses et les plus indiscretes. Les résultats auxquels on aboutira ne compenseront pas les scandales inévitables, plus dangereux pour la moralité publique que le maintien de l'acte attaqué. Certes, il y aura des inconvénients, ce sera au juge d'apprécier dans chaque cas les avantages et les dangers de ce mode de preuve. « L'enquête n'ira pas tous les jours sans inconvénients, mais il en est de même chaque fois que l'on veut établir, comme l'article 1131 en donne le droit, que la cause d'une obligation est illicite ou immorale. Cette considération, qui n'a pas échappé au législateur, ne l'a pas cependant déterminé à proscrire le procédé des enquêtes. Si l'on admet la possibilité des enquêtes en général, pourquoi faire exception pour le seul cas où il s'agit de prouver des relations de concubinage ? La règle étant écrite dans un texte, il faudrait un texte pour consacrer une exception et ce texte n'existe pas. Les considérations générales les plus importantes ne permettent pas à l'interprète de se substituer au législateur (1) ».

Les Travaux préparatoires du Code ont fourni un

(1) Note de M. Appert au Sirey, 1898, 1, 513.

argument aux adversaires de l'enquête. Dans le projet primitif se trouvait un article reproduisant l'incapacité qui, dans l'ancien droit, frappait les concubins. Cet article fut écarté parce que l'on ne voulait pas autoriser des inquisitions propres à exciter le scandale. Cet argument est emprunté à la matière des donations. Le législateur n'envisageait que les libéralités se présentant sous la forme de donations véritables, non pas celles déguisées sous l'apparence d'actes à titre onéreux.

SECTION III

Répétition

Celui qui a exécuté une obligation dont la cause est illicite est-il reçu à exercer la répétition des sommes qu'il a payées, alors que la cause est illicite de part et d'autre ?

Cette question a déjà été étudiée et nous nous sommes rangés à l'opinion que la maxime romaine n'était plus applicable dans notre droit. La jurisprudence est divisée. Parmi les arrêts de la Cour suprême, les uns admettent la répétition, les autres la repoussent. La Chambre des requêtes est en général restée fidèle à la doctrine traditionnelle, alors que la Chambre civile l'a abandonnée.

Que décider quand le débiteur, après s'être exécuté et avoir payé un billet contenant une donation déguisée, demande le remboursement du prix versé ? Dans tous les cas que nous avons examinés jusqu'ici, les billets n'avaient pas été payés ; c'est au moment où le paiement en était réclamé au souscripteur que celui-ci, regrettant sa générosité, faisait constater la nature immorale de la convention afin de se dispenser de l'exécuter.

La Chambre des requêtes a eu à trancher la difficulté (1). Un individu avait par devant notaire souscrit

1. Cassation. Requêtes, 4 janvier 1897. Sirey, 1898, 1, 309.

des billets au profit de sa concubine. Les billets étaient causés valeurs en espèces. Le débiteur réussit à faire la preuve de la simulation frauduleuse de l'acte. En réalité, il n'y avait pas prêt, mais donation déguisée dont la cause était immorale. Les billets furent annulés. Le souscripteur en avait déjà payé le montant, car les billets avaient été négociés et il avait dû payer les tiers porteurs. Il est vrai qu'il n'avait payé que contraint et forcé, à la suite d'une saisie-exécution pratiquée à son domicile, et sous réserve de faire statuer sur la nullité de l'obligation. La Cour l'autorisa à se faire restituer les sommes qu'il avait payées.

La Chambre des requêtes autorisa en ce cas la répétition, sans toutefois abandonner la doctrine à laquelle elle reste attachée. Elle ne refuse en effet la répétition qu'en cas de paiement volontaire et, dans l'espèce, il avait été forcé. La Chambre civile ne fait pas cette distinction que rien dans les textes ne semble autoriser.

Quand les billets auront été négociés, le souscripteur sera contraint de payer aux tiers porteurs. Il faut néanmoins que ceux-ci soient de bonne foi. Il peut arriver que le tiers porteur connaisse le vice qui atteint les effets et ne soit au fond que le complice de la donataire. Le cas s'est présenté devant la Cour de cassation. La concubine avait un complice qui s'était entremis pour négocier les billets dont il connaissait la cause véritable. Ces billets lui avaient été endossés sans qu'il put justifier en avoir fourni la contre-valeur. Il ressortait des débats que ce tiers porteur n'était pas de bonne foi ; il savait que les lettres de change n'avaient été remises à la bénéficiaire

que pour la déterminer à continuer avec le débiteur des relations illicites. La Cour condamna le tiers porteur solidairement avec la bénéficiaire en raison de sa collusion frauduleuse avec celle-ci, à rembourser au demandeur la somme que celui-ci avait été contraint de payer à un porteur ultérieur de bonne foi.

La Cour de cassation en confirmant les condamnations prononcées par la Cour d'appel n'autorisait-elle pas par là-même la répétition. C'est ce que soutenait la demanderesse en cassation. Elle prétendait que la nullité d'une donation déguisée entachée de cause illicite ne pouvait être invoquée après que la donataire avait touché le montant des lettres de change par voie de négociation. Ce serait contraire au principe que dans le cas où une obligation a une cause illicite de la part de deux contractants, l'action en restitution est irrecevable.

La Cour de cassation, sans se prononcer sur la valeur du principe, déclara que la négociation d'un effet n'équivalait pas à son paiement. Dès lors, la demanderesse ne pouvait invoquer contre l'action du défendeur une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il s'agissait d'une action en restitution d'une somme d'argent payée en vertu d'une obligation illicite (1).

En considérant que la négociation d'un effet n'équivalait pas à un paiement, le même résultat est atteint en pratique que si la répétition était autorisée. Ce moyen d'éluider la difficulté ne peut trouver d'emploi que dans l'hypothèse où la bénéficiaire des billets les aurait négoc-

(1). Cassation, 2 février 1853. — Dalloz, 1853, 1, 57.

ciés. Quand l'effet a été directement payé par le donateur, les juges devront décider si la maxime romaine, en vertu de laquelle la répétition est refusée, doit toujours être appliquée dans notre droit.

CHAPITRE IV

Donations ayant un caractère licite malgré l'existence du concubinage

Toutes les donations déguisées entre concubins ne sont pas impitoyablement annulées. Certaines sont maintenues par les tribunaux. La cause est illicite quand la donation a été le prix de complaisances coupables. Souvent la libéralité peut être considérée comme constituant une juste réparation.

Le cas le plus fréquent et qui ne soulève pas de difficultés est celui où un enfant est né de la liaison et reste à la charge de la mère. En assurant à celle-ci des ressources suffisantes pour élever convenablement l'enfant qu'il lui abandonne, le donateur remplit un véritable devoir de conscience (1). Souvent aussi un amant s'engage envers sa maîtresse à ne jamais la quitter ; pour la déterminer à se compromettre irrémédiablement il lui donne l'assurance que leur union ne diffère du mariage que par l'absence d'une vaine formalité. Par ces promesses qu'il n'a pas tenues, il a pu faire manquer à sa

1. Rennes, 24 août 1816. Recueil général des Lois et Arrêts, tome 5, 2, 190. — Alger, 23 décembre 1895. — Dalloz, 1897, 2, 453. — Tribunal Seine, 19 juin 1894. Journal *Le Droit*, 20 juin 1894.

compagne des occasions de s'établir honorablement (2). La donation qu'il pourra lui faire au moment de leur rupture ne correspond-elle pas au désir légitime de réparer le tort causé, de l'indemniser du préjudice dont il est l'auteur. Il n'est même pas nécessaire pour attribuer un caractère moral à la libéralité de supposer à l'origine du concubinage une séduction accompagnée de promesse de mariage.

Mais il faut le reconnaître, la tâche des juges n'est pas des plus faciles. Il est parfois bien délicat de démêler la véritable pensée qui a guidé le donateur. La disposition intervient souvent au moment où le concubinage prend fin. Se montrer alors généreux, n'est-ce pas payer une prime d'assurance contre le chantage, n'est-ce pas le moyen le plus sûr de prévenir le scandale. Le même acte peut se prêter à des interprétations bien différentes. A supposer que les relations aient complètement cessé, la donation n'est-elle que le témoignage d'une reconnaissance n'ayant rien de moral ou bien la réparation d'un dommage réellement souffert.

La plus ou moins grande sévérité des juges les inclinera à ne voir dans l'acte soumis à leur appréciation qu'un honteux marché ou bien à y reconnaître une cause des plus respectables. Un tribunal trouvera une cause licite à une obligation dans l'intention qu'a eue le souscripteur du billet de réparer le préjudice causé à la

2. Poitiers, 7 juillet 1825. Recueil général des Lois et Arrêts, tome 8, 2, no. — Grenoble, 23 janvier 1864. — Dalloz, 1864, 5, 255. — Cassation, 23 juillet 1864. — Sirey, 65, 1, 33. — Aix, 10 janvier 1878. — Sirey, 1878, 2, 211.

bénéficiaire par la publicité des relations qu'elle entretenait avec lui ; la Cour voit dans cet acte le « *pretium stupri* » et décide que la publicité des relations étant un fait commun aux deux parties ne peut servir de titre à l'une d'elles pour réclamer une réparation (1). De même un tribunal trouve morale une donation devant assurer à la concubine une certaine aisance, alors que, d'après la Cour, le donateur a simplement voulu s'assurer à prix d'argent le silence et la liberté (2).

Il nous semble que, dans l'incertitude, il serait préférable de laisser subsister l'acte. Lorsque deux causes, l'une licite et l'autre illicite, peuvent être en même temps attribuées à l'obligation, pourquoi choisir plutôt la première à l'exclusion de la seconde. Il est d'ailleurs vraisemblable que le donateur a voulu atteindre un double but. Par sa libéralité, il désire réparer les torts qu'a pu subir la concubine, l'indemniser du dommage causé par la rupture des relations ; en assurant à cette femme une existence convenable, il espère faciliter la séparation, prévenir le danger d'un scandale et d'un chantage possibles.

Si la convention n'était fondée que sur cette cause, elle ne serait certes pas valable. On ne peut pas plus stipuler la non dérogation que la dérogation aux bonnes mœurs. Il est immoral de substituer le modèle de l'intérêt à celui du devoir. La condition négative moralement impos-

1. Tribunal du Puy, 19 juillet 1844. — Riom, 1^{er} août 1846. — Dalloz, 1862, 2, 58.

2. Tribunal de Nice, 15 juin 1882. — Aix, 25 janvier 1883. — Dalloz, 1883, 2, 237.

sible rend l'obligation nulle lorsqu'une somme a été promise pour déterminer une abstention prescrite par la morale ou la loi. Il faut en décider autrement quand l'abstention n'a pas été le but de la convention mais seulement une clause accessoire du contrat. La cause de l'obligation du donateur pourrait-on dire, c'est le désir d'indemniser la concubine du préjudice à elle causé par la liaison que le donateur veut rompre, la condition mise à l'engagement d'indemniser sa maîtresse, c'est la promesse de celle-ci de s'éloigner et de ne pas lui créer d'ennuis (3).

On trouve plus rarement des exemples d'annulations de donations déguisées sous la forme de ventes d'immeubles. La preuve du caractère illicite d'une telle opération est assez difficile à faire. Il y a dans la vente une cause apparente toujours la même. D'ailleurs ces sortes de donations déguisées se rencontrent surtout au cas où un chef de famille veut avantager l'un des successibles.

1) La cour de Liège a admis cette théorie dans une espèce offrant avec le cas de donations entre concubins une grande ressemblance. Un père s'était engagé à payer à la concubine de son fils une rente viagère pour l'indemniser du préjudice matériel et moral qu'elle avait pu éprouver par suite de sa liaison. De son côté, la femme s'engageait à quitter le pays habité par le jeune homme. Si l'obligation contractée par le père n'avait eu pour cause que l'engagement pris par la femme de s'éloigner, elle aurait été nulle. Mais la Cour de Liège fit une distinction. La cause de l'obligation du père c'est l'intention d'indemniser la concubine du préjudice qui lui avait été causé. La condition de la promesse du père c'est l'engagement pris par la jeune fille de quitter les lieux habités par le jeune homme. Liège 25 février 1875. Dalloz 1876, 2, 49.

Elles sont moins fréquentes en la matière que nous étudions. Il est rare que le donateur se trouve justement propriétaire de l'immeuble qu'il a l'intention d'offrir. La concubine achètera directement à un tiers, elle s'acquittera du prix en versant les fonds qui lui auront été remis de la main à la main. Il y aura don manuel mais non pas donation déguisée (1).

Que décider lorsque la libéralité aura revêtu la forme d'un cautionnement ? Si l'on admet avec la plupart des auteurs que la cause du contrat de cautionnement doit être recherchée dans la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance, la cause de l'obligation de la caution sera toujours licite (2), puisqu'on ne doit pas tenir compte des motifs qui ont déterminé la caution à s'obliger. Le cautionnement pourrait au contraire être annulé dans certains cas, si l'on ne se croyait pas tenu à respecter la distinction traditionnelle entre la cause et les motifs.

En résumé pour qu'une donation déguisée entre concubins soit maintenue, il faut qu'elle ait été consentie dans la pensée de réparer les torts, dont a pu souffrir la donataire.

1) Un arrêt de la Cour d'Angers a bien annulé une donation déguisée sous un contrat de vente, mais plutôt en se basant sur ce que le concubinage crée une incapacité véritable. Angers 19 janvier 1814. Sirey 1815, 2, 55.

2. Paris 10 janvier 1905. — Dalloz 1905, 2. 158. — Si la donation a consisté dans l'engagement pris vis à vis des fournisseurs de l'un des concubins de payer les dettes de celui-ci, le Tribunal se croira autorisé à rechercher les motifs de l'engagement. S'il apparaît qu'en s'engageant ainsi, l'obligé a eu uniquement en vue

CONCLUSION

Nous avons vu que dans l'ancien droit, le concubinage créait une incapacité de donner et de recevoir. Il suffisait de prouver que des relations avaient existé en dehors du mariage entre le donateur et la donataire pour que la donation fût annulée. Quelques dispositions étaient bien maintenues, lorsqu'elles n'étaient pas excessives et qu'elles pouvaient être plutôt envisagées comme un secours alimentaire. Ce n'était qu'une tolérance, l'incapacité était la règle.

De ce que cette incapacité a été abolie par le Code civil, s'ensuit-il qu'une donation entre concubins, dans le cas où elle attente aux bonnes mœurs doive néces-

d'obtenir que fussent continuées les relations qu'il entretenait avec la femme l'engagement sera annulé. On pourrait il est vrai en reprenant le raisonnement ayant semblé concluant pour le cas du cautionnement dire que l'engagement constitue vis à vis des fournisseurs un contrat de bienfaisance, n'ayant en ce qui les concerne d'autre cause juridique que le désir de leur rendre service et qu'à raison de ce caractère il ne pourrait être attaqué comme fondé sur une cause illicite. Cette solution n'a pas été admise. — Nancy, 12 novembre 1904. — Dalloz 1905. 2. 160. Les solutions adoptées par la jurisprudence sont bien différentes alors qu'au fond l'hypothèse est la même. La forme seule distingue les deux conventions. Cela suffit pour que l'une soit valable et que l'autre soit annulée au nom de la morale et des bonnes mœurs.

sairement échapper aux sanctions de la loi. Nous ne le pensons pas. Pourquoi, en faveur de telles donations, faire exception au principe, en vertu duquel tout effet est refusé aux conventions qui dérogent aux bonnes mœurs ? Ce ne sera pas faire revivre l'incapacité disparue, mais bien faire une juste application des règles générales de notre droit.

Ce point admis, puisqu'actuellement la validité des donations déguisées n'est plus discutée, il semble qu'aucune différence, quant aux sanctions à appliquer, ne devrait exister entre les donations déguisées entre concubins et celles revêtant la forme de véritables donations entre vifs. Nous avons cependant constaté au cours de cette étude, que le même traitement n'était pas réservé aux unes et aux autres. Quelle est la raison de cette différence ?

La donation véritable présente-t-elle moins souvent le caractère d'un pacte immoral, d'un marché honteux, parce qu'elle suppose l'appauvrissement actuel et définitif du donateur, alors que la plupart du temps, la donation déguisée ne consiste qu'en une promesse de donner ? La convention est contraire aux bonnes mœurs quand le paiement est immédiat, aussi bien que lorsqu'il est différé. La véritable raison, il faut la chercher dans la façon dont on applique aux donations la théorie de la cause. On arrive ainsi à restaurer un véritable formalisme. De deux actes, dont le contenu réel sera le même, mais dont la forme différera, l'un sera presque toujours valable, quelque honteuses qu'aient été les intentions des parties contractantes, l'autre ne produira

aucun effet, si le caractère moral de la convention ne peut être prouvé.

Cette notion de cause est-elle indispensable? les législations étrangères les plus modernes, le Code fédéral suisse des obligations, le Code civil allemand l'ont abandonnée. Le Code allemand par exemple, se contente de déclarer dans l'article 318 qu'un acte juridique portant atteinte aux bonnes mœurs est nul. Le juge pour apprécier la moralité d'un acte ne sera plus obligé de limiter son examen à tels éléments juridiquement déterminés, ce qu'il doit envisager, c'est l'acte dans son ensemble sans s'arrêter à ses apparences, tel qu'il existe réellement dans la volonté des parties contractantes. « C'est l'admission désormais de la conception subjective en ce qui touche l'appréciation des actes au point de vue de leur moralité, substituée entièrement à la conception objective de la théorie de la cause (1). » Il y a d'ailleurs une limite que le juge ne peut franchir. Il existe un type de moralité que le juge devra prendre comme mesure d'appréciation : « Ce n'est pas un idéal de moralité philosophique, ce sera en quelque sorte ce que les mœurs privées dans leur conception de l'honnête, admettent comme le minimum de moralité nécessaire dans ces transactions privées. Tout ce qui sera au-dessous de ce minimum sera une atteinte aux bonnes mœurs. L'objectivité de la délimitation ne sera pas tirée de la rigidité d'un criterium juridique, conception abstraite et inflexible, mais de la plasticité éminemment souple et variable d'une simple consta-

1. Saleilles. — *De la déclaration de volonté*, page 262.

« tation d'usages. La double limite que le droit français
« cherche dans la théorie de la cause, pure conception
« juridique dogmatique et abstraite, le nouveau Code
« allemand la cherche, dans la constatation d'un idéal
« de moralité actuel (1). »

On voit combien serait plus aisée la tâche du juge si le droit français abandonnait résolument la théorie de la cause dont l'application donne lieu à tant de difficultés. Supposons le cas d'une donation faite dans un but immoral, le juge représentant de la collectivité, à qui incombe le rôle de défendre la morale publique, aura à constater si l'usage général condamne ou non une telle donation. Les Tribunaux pourraient ainsi adapter plus facilement leurs décisions aux cas si différents qui leur sont soumis, et tenir compte des circonstances particulières qui expliquent ou justifient les libéralités dans certaines hypothèses. Ils ne feraient en somme que poursuivre dans la voie où ils se sont déjà engagés, en reconnaissant la validité des donations entre concubins, quand elles apparaissent moins comme des libéralités que comme la réparation d'un dommage.

Vu : le président de la Thèse :
A. WEISS

Vu : le Doyen,
Ch. LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

1. Saleilles. — Passage cité.

BIBLIOGRAPHIE

D'ARGENTRÉ. — *Commentarii in patrias Britonum leges.*
Paris, 1621.

AUGEARD. — *Arrêts notables des différents tribunaux du royaume.* Paris, 1756.

AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit civil français.* 4^e édition.

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis.* Edition Beugnot. Paris, 1842.

BONIFACE. — *Arrêts notables du Parlement de Provence.*
Lyon, 1708.

BAUDRY LACAUTINERIE et COLIN. — *Des donations entre vifs et des testaments.* Paris, 1895.

BARTIN. — *Théorie des conditions impossibles illicites ou contraires aux mœurs.* Paris, 1887.

BASNAGE. — *Commentaires de la coutume de Normandie,* 4^e édition. Rouen, 1778.

CHOPPIN. — *Commentaires sur la coutume d'Anjou.*
Paris 1662.

Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidées, rédigées par RICHER. Amsterdam, 1773.

CATELLAN. — *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse.* Toulouse 1723.

- CHABOT. — Questions transitoires sur le Code Napoléon. Paris 1809.
- COIN-DELISLE. — Commentaire analytique du Code civil. Paris, 1841.
- DUPLESSIS. — Traité sur la coutume de Paris. Paris, 1754.
- DELALANDE. — Coutume d'Orléans. 2^e édition. Orléans, 1704.
- DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, 1786.
- DELVINCOURT. — Cours de Droit civil. Paris, 1834.
- DELPECH. — Recueil de l'académie de législation de Toulouse. Tome VII, année 1858.
- DEMANTÉ ET COLMET DE SAUTERRE. — Cours analytique de Code civil. 2^e édition. Paris, 1884.
- DURANTON. — Cours de Droit français. Paris 1829.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. 4^e édition.
- DELACHENAL. — Revue critique, 1904.
- FURGOLE. — Traité des testaments. Paris, 1779.
- FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit et de pratique. Toulouse, 1779.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris, 1836.
- GLASSON. — Histoire du Droit et des Institutions de la France. Paris, 1889.
- GIDE. — Nouvelle revue historique, 1880. Tome IV.
- GUENOYS. — La conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du royaume de France. Paris, MDXCVI.

- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale. Paris, 1784.
- GRENIER. — Traité des Donations et des Testaments, 4^e édition. Clermont-Ferrand 1844.
- GAULY. — Revue critique, 1886.
- DE L'HOMMEAU. — Maximes Générales du Droit français. Paris, 1665.
- HOUARD. — Dictionnaire de la Coutume de Normandie. Rouen, MDCCLXXX.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil. 15 volumes, 1892-1903.
- ISAMBERT. — Recueil des anciennes lois françaises.
- Journal des principales audiences du Parlement.* — Paris, 1757.
- Journal du Palais.* — Blondeau et Guéret, 4^e édition. Paris, 1755.
- LE BRET. — Œuvres. Paris, MDCLXXXIX.
- LE MAISTRE. — Les plaidoyers et harangues de M. Le Maistre. Paris, MDCLXIX.
- LAPEYRERE. — Décisions sommaires du Palais. 6^e édition. Bordeaux, 1749.
- LOCRÉ. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris 1828.
- LAURENT. — Principes du droit civil français. 3^e édition, 1878.
- LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations. Paris, 1857.
- MAYNARD. — Notables questions de droit écrit, jugées par le Parlement de Toulouse. Toulouse, 1756.

MARCADÉ. — Explication technique et pratique du Code civil, 8^e édition. Paris, 1884.

MERLIN. — Questions de Droit, 4^e édition. Bruxelles, 1829.

MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e édition. Bruxelles, 1825.

PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 3^e édition. Paris, 1904.

PLANIOL. — Revue critique, 1888.

POTHIER. — Œuvres, édition Bugnet. Paris, 1845.

POUJOL. — Traité des donations entre vifs et des testaments. Paris, 1836.

PONT. — Commentaire traité des petits contrats et de la contrainte par corps. Paris, 1863.

PILLETTE. — Revue pratique. Tome 15, 1863.

RICARD. — Traité des Donations entre vifs et testamentaires. Riom, 1783.

Recueil des questions de jurisprudence proposées par M. d'Aguesseau, chancelier de France, à tous les Parlements du Royaume, concernant les donations, les testaments, les substitutions, les incapacités de donner et de recevoir et les matières bénéficiales avec les réponses du Parlement de Toulouse à ces mêmes questions, édition revue et corrigée par Furgole. Toulouse, 1749.

RAVIOT SUR PERRIER. — Arrêts notables du Parlement de Dijon. Dijon, 1735.

SAINT-VAST. — Commentaires sur les coutumes du Maine et d'Anjou. Alençon, 1778.

SALVIAT. — La Jurisprudence du Parlement de Bordeaux. Paris, 1787.

SAINTESPÈS-LESCOT. — Des donations entre vifs et des testaments. Paris, 1855.

SALEILLES. — De la déclaration de volonté. Paris, 1901.

TROPLONG. — Droit civil expliqué. Paris, 1855.

TOULLIER. — Droit civil français, (continué par Duvergier), 5^e édition. Paris, 1830.

VEDEL. — Observations sur les arrêts remarquables du Parlement de Toulouse, recueillis par Catellan. Toulouse, 1758.

VAZEILLE. — Résumé et conférence des commentaires du Code civil, sur les successions, donations et testaments. Clermont-Ferrand 1837.

ZACHARIAE. — Le Droit civil français, traduit et annoté par Massé et Vergé. Paris, 1855.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Pages

HISTORIQUE.	5
<i>Section I.</i> — Ancien droit.	5
§. — Doctrine.	12
§. — Jurisprudence.	20
<i>Section II.</i> — Droit intermédiaire.	35

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE.	38
CHAPITRE I. — Suppression de l'ancienne incapacité.	38
CHAPITRE II. — Donations directes.	44
<i>Section I.</i> — Moyens proposés pour annuler les donations entre concubins	44
<i>Section II.</i> — Conséquences de la nullité.	63
CHAPITRE III. — Donations déguisées.	69
<i>Section I.</i> — Application de la théorie de la cause aux donations déguisées	72
<i>Section II.</i> — Preuve de la cause illicite.	81
<i>Section III.</i> — Répétition	87
CHAPITRE IV. — Donations déguisées ayant un caractère licite malgré l'existence du concu- binage	91
CONCLUSION.	96

